

E

<36629082310012 **S**

<36629082310012

Bayer. Staatsbibliothek

12av. jun. 197.

2873.

R.

H a n d b u c h

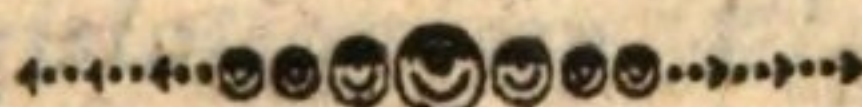
des baierischen

Universal-Konkurs-Processes

R
Von

Johann Baptist Welsch

Königlich Baierischem General - Fiskalatsrathe.



E r l a n g e n

in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung

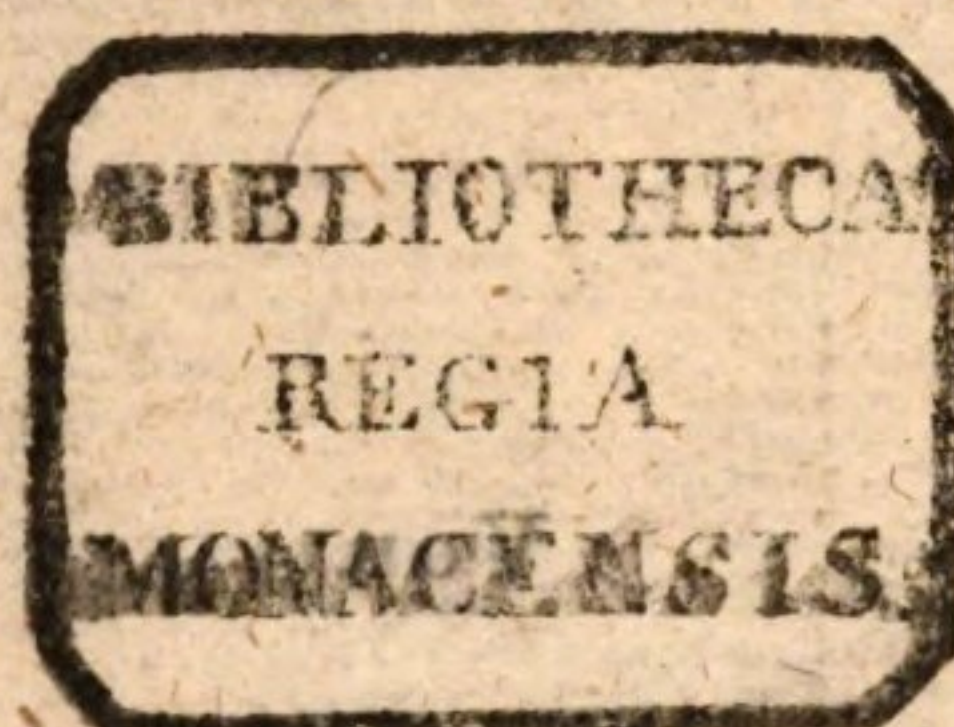
1 8 1 9.

72 C

H a n d b u c h

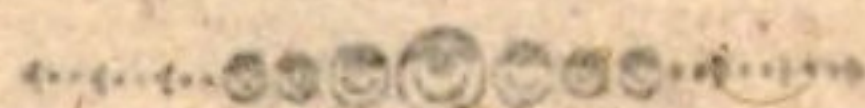
des bairischen

Universal-Konkurs-Prozesses



Johann Baptist Welsch

Königlich bairischen General - Fiscalrathes.



E r l a n g e n

in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung

1819.

V o r w o r t.

Gegenwärtiges Handbuch ist die Frucht vieljährigen Nachdenkens und ausgebreiteter Erfahrungen, welche mir meine frühern Geschäfts-Verhältnisse als Advokat und Kronfiskal zu machen Gelegenheit gaben. Da ich, vorzüglich in letzterer Eigenschaft den erwünschtesten Anlaß fand, auch die österreichische und preussische Legislation im Allgemeinen sowohl, als insbesondere in Bezug auf den Konkurs-Proceß praktisch kennen zu lernen, so war wohl neben den Prinzipien des gemeinen Rechtes eine Vergleichung jener beiden Legislationen, mit unserm Judiziar-Kodex in diesem Proceßtheile sehr natürlich, und es gewährte mir als Baier wirklich das innigste Vergnügen, hierin

grofse Vorzüge vor den genannten nachbarlichen Gesetzbüchern, und besonders auch vor den Vorschriften des gemeinen Processes, vielmehr den Meinungen der geschätztesten Lehrer derselben, gefunden zu haben.

In der Ueberzeugung jedoch, dafs der ganze baierische Process sowohl, als vorzüglich der Konkurs - Process, wo nicht den ersten, doch gewifs einen sehr ehrenvollen Platz unter den Legislationen der Nachbarstaaten einnehme, in der Ueberzeugung, dafs derselbe im Auslande weniger, als er es verdient, gekannt, häufig verkannt seye, und selbst von alten und neu erworbenen Ober- und Untergerichten sehr oft missverstanden und irrig angewendet werde, hielt ich es um so mehr der Mühe werth, die Resultate meiner Erfahrungen und meines Nachdenkens über unsern Universal - Konkurs - Process der gelehrten Welt vorzulegen, als ich gerade diesen Theil des Kreitmayer'schen Processes für den gelungensten halte, und überzeugt bin, dafs derselbe das

schwierigste Problem mit meisterhafter Geschicklichkeit gelöst habe, so wie ich freimüthig und offen hiemit das Bekenntniß ablege, daß unsere Gerichts-Ordnung überhaupt nicht den zehnten Theil der Mängel und Gebrechen an sich habe, welche ihr seit einiger Zeit laut und öffentlich zur Last gelegt werden.

Kreitmayr's und unserer Ahnen Ehre in diesem Belange zu retten, sey der Gegenstand einer andern Schrift. Hier genügt mirs, wenn das Urtheil kompetenter Richter, einstimmig mit jenem erfahrender und geübter Praktiker, mir das Zeugniß giebt, daß ich den Geist unsers grossen Legislators richtig aufgefaßt habe, und daß dieses Werk für Richter und Advokaten sowohl, als angehende Praktiker als ein vollständiges Handbuch für den Konkurs-Proceß, und als ein zuverlässiger Führer in diesem für den Richter sowohl, als besonders für die Rechtsanwälte sehr schwierigen Zweige des Civil-Processes anerkannt werden möge.

Habe ich dabei zur nähern Kenntniß und Würdigung der vaterländischen Gesetzgebung auch nur Weniges beigetragen, so wird dieß dem Patrioten zum desto größern Vergnügen gereichen, je lebhafter ihn der innigste Wunsch beseelt, daß das gute Vaterländische, was Baiern hat, erkannt, gewürdigt und beibehalten, Fremdes aber nur, wenn Erfahrung es als gut erprobt hat, da adoptirt werden möge, wo das Daseyn eines Mangels oder einer Lücke nachgewiesen ist. — Und deren, ich kann mit Ueberzeugung es sagen, hat der baierische Process nur wenige; und wenn auch laute Klagen über den langsamen und unsichern Gang mancher Processe die Veranlassung gaben, und die Schuld davon wenigstens mit einigem Scheine auf unsern Judiziarkodex zu wälzen versucht wurde, so stehe ich doch in hundert Fällen gegen Einen immer die Wette, daß entweder Schlaueheit oder Ignoranz der Partheien und ihrer Anwölde auf einer, Indolenz und Gesetzes-Unkunde, ja oft geradezu gesetzlose Willkühr der Gerichte auf der andern Seite, und nicht

das Gesetz, die Schuld davon trage. Und diese Mängel wird keine Gesetzgebung ganz heben können; ja ich glaube, dass selbst gleiche Strenge der Ober- gegen die Untergerichte, in Fällen grober Missgriffe gegen die gesetzlichen Formen, oder sehr ungeschickter Erkenntnisse, so wie es gegen Advokaten geschieht, mit Aufbürdung des Kosten- und Schaden-Ersatzes nur dann dieses Uebel wenigstens größtentheils zu heben vermögend seyn würden, wenn solche gesetzliche Vorschriften auch strenge beobachtet werden.

Mehr, glaube ich, darf auf Rechnung der seit zwei Jahrzehenden eingerissenen Prinzipien-Wuth geschrieben werden, welches alles Positive und Alte mit Füßen trat, und der unbeschränkten Willkühr um so leichter Thür und Thore öffnete, je mehr dadurch der Eitelkeit geschmeichelt und der Bequemlichkeit gefröhnt wurde, indem jeder neugeschaffene Doktor nothwendig im höchsten Grade

mit sich zufrieden seyn mußte, gleich von der Schule weg nach eigenen Principien als Legislator zu debüttiren, ohne sich die Mühe nehmen zu dürfen, die vaterländische Gesetzgebung aus ihren Quellen zu studiren und seine Schulwissenschaft im Gebiete der Erfahrung und der Anwendung zu reinigen und zu vervollkommen.

Es lag in der Natur der Sache, daß bald ein Prinzip das andere verdrängte, und jeder redliche Baier darf sich, so hoffe ich, wohl bald mit der angenehmen Ueberzeugung über eine stürmische Vergangenheit dadurch trösten, daß an die Stelle vager Principien wieder feste Gesetze treten, Willkühr besonders aus den Gerichtshöfen verbannt, das alte vaterländische Gute wieder ergriffen und festgehalten werde.

München, den 8. Mai 1818.

Der Verfasser.

Inhalts-Anzeige.

Erster Abschnitt.

Von dem Begriff und den Erfordernissen des Universal-Konkurs-Processes.

- §. 1. Begriff des Universal-Konkurs-Processes. §. 2. Grundlage des baierischen Civil- §. 3. des baier. Universal-Konkurs-Processes. §. 4. Gegenstand und Zweck desselben. §. 5. Hieraus abgeleitete Sätze. I. Der Gegenstand ist Feststellung der Liquidität und Priorität aller Forderungen. II. Die Verhandlung darüber geschieht in Einem Processe. III. Die Erledigung in Einem Erkenntnisse. §. 6. Mittel hiezu. IV. *Processus summarissimus*. V. Präklusive Termine. VI. Strenge Anwendung des Verhandlungs-Prinzips. §. 7. Fernere Kollarien hieraus. §. 8. Erfordernisse zum Universalkonkurs-Process. §. 9. I. Zahlungs-Unfähig-

keit. §. 10. II. Konkurrenz mehrerer Gläubiger.

§. 11. III. Verschiedenheit der Forderungen.

Zweiter Abschnitt.

Von dem präparatorischen Verfahren und den Mitteln zur Beseitigung des Konkurses.

§. 12. Präparatorisches Verfahren und dessen Zweck.

§. 13. Fälle, in welchem dasselbe unnöthig, §. 14.

in welchen es nöthig ist. §. 15. Verhandlungsart

hierüber. §. 16. Versuch gütlicher Ausgleichung.

§. 17. a) Durch Fristen- und Nachlaß-Verträge,

§. 18. b) durch den Beschluß der Mehrheit der

Gläubiger, §. 19. c) durch richterlichen Spruch.

§. 20. d) Moratorien.

Dritter Abschnitt.

Hauptverfahren im Universal- Konkurse.

§. 21. Gant - Erkenntniß. §. 22. Berufungs - Fatale

dagegen. §. 23. Gerichtsstand des Universal - Kon-

kurs - Processes. §. 24. Ausdehnung desselben.
§. 25. Ediktalladung. §. 26. Form und Inhalt derselben. §. 27. Festsetzung der Termine, §. 28. welche immer peremptorisch sind. §. 29. Unterschied zwischen Ediktstag, §. 30. und Edikts-Termin. §. 31. Bekanntmachung der Ladung. §. 32. Herstellung des Inventars. §. 33. Verhandlung am ersten Ediktstage. §. 34. Thätigkeit des Richters. §. 35. Thätigkeit der Gläubiger und ihrer Anwölde: A. in Bezug auf die Legitimation. §. 36. Legitimation überhaupt. §. 37. Legitimation zum Prozesse: a) der Anwölde, §. 38. b) der Vormünder und Kuratoren, §. 39. c) der Verwalter, Geschäftsgesellschafter, Handelshäuser, §. 40. d) des General-Anwaltes. §. 41. Präsumtiv-Mandat a) der Verwandten, §. 42. b) der Eheleute, §. 43. c) der Streitgenossen, §. 44. d) der Advokaten. §. 45. Mangelhafte Vollmachten. §. 46. Legitimation zur Sache. §. 47. Legitimation zur Praxis. §. 48. B. In Bezug auf die Liquidation selbst. §. 49. Bestimmtheit der Anträge. §. 50. Beweises - Thema. §. 51. Beweisesmittel: a) Zeugen, §. 52. b) Urkunden, §. 53. c) Eid. §. 54. Ausnahmen von der Verbindlichkeit sogleicher Beweises - Antretung. A. Bei den Separatisten. §. 55. B. Wegen Streites - Anhängigkeit. §. 56.

C. Wegen grosser Weitschichtigkeit oder ganz besonderer Eigenschaft einer Forderung. §. 57. Verhandlungen in Bezug auf die Aktiv-Masse. §. 58. Verhandlungen am zweiten Ediktstage. A. Thätigkeit des Richters. §. 59. B. Thätigkeit der Gläubiger und ihrer Anwölde. §. 60. Unterschied der Einreden. §. 61. Form und Inhalt des Exceptions-Recesses. §. 62. Geständniss des Gemeinschuldners. §. 63. Exceptions-Protokoll. §. 64. Zufällige Verhandlungen am zweiten Ediktstage. §. 66. Konklusions-Termin. §. 67. A. Thätigkeit des Richters. §. 68. Thätigkeit der Gläubiger. §. 69. Dupliks-Termin. §. 70. Aktenschluss.

Vierter Abschnitt.

Prioritäts - Erkenntniss und Rechtsmittel dagegen.

§. 71. Prioritäts-Erkennntniss. §. 72. Dessen Inhalt. §. 73. Dessen Form. §. 74. Entscheidungsgründe. §. 75. Vormerkung der Aktiv-Masse. §. 76. Eröffnung des Prioritäts-Erkennntnisses. §. 77. Rechtsmittel gegen Prioritäts-Erkennntnisse. §. 78. Ordentliche Rechtsmittel. A. Appellation. I. Das Appellations-Fatale. §. 79. II. Appellations-Summe.

§. 80. III. Nachweisung einer wirklichen Beschwerde. §. 81. IV. Form und Inhalt. §. 82. V. Berufungs - Nebenverantwortung. §. 83. VI. Nachricht von der ergriffenen Berufung an die Mitgläubiger. §. 84. Wirkungen der Berufung. §. 85. B. Revision. §. 86. Ausserordentliche Rechtsmittel. A. *Restitutio in Integrum*. §. 87. Verhandlung darüber. §. 88. Nichtigkeits - Beschwerde.

Fünfter Abschnitt.

Von der Verwaltung der Aktiv - Masse und der Exekution im Konkurse.

§. 89. Vom Güterpfleger. §. 90. Dessen Verbindlichkeiten, §. 91. und Rechten. §. 92. Gemein - Anwalt. §. 93. Versteigerung der Gant - Masse. §. 94. Einseitige Zahlungen oder Veräusserungen des Schuldners vor oder während dem Konkurse. §. 95. Partikular - Zahlungen des Richters während dem Konkurse. §. 96. Wirkungen der Vergantung und des Konkurs - Processes. §. 97. Von der Exekution im Konkurse. a) Bei schon versilberter Masse. §. 98. Bei noch nicht verkaufter Masse. §. 99. Wirkungen des Streichungsrechtes. §. 100.

Fortwährende Haftung des Schuldners mit seinem
künftigen Vermögen.

Sechster Abschnitt.

*Vergleichung des baierischen mit dem
österreichischen und preussischen
Konkurs - Processe.*

§. 101. Vorzüge des baierischen Konkurs - Processes.

A. Im Allgemeinen. §. 102. B. Vor dem gemei-
nen Konkurs - Processe. §. 103. Hinsichtlich des

Gerichtsstandes. §. 104. Hinsichtlich der Verhand-
lung. §. 105. C. Vor dem österreichischen Kon-

kurs - Processe. §. 106. Hinsichtlich des Gerichts-
standes. §. 107. Der Verhandlung. §. 108. Vor-

rechts - Erkenntniß und dessen Eröffnung. §. 109.

Exekution im österreichischen Konkurse. §. 110.

D. Vor dem preussischen Konkurs - Processe.

Erster Abschnitt.

Von dem Begriffe und den Erfordernissen des Universal - Konkurs - Processes.

§. 1.

Begriff des Universal - Konkurs - Processes.

Universal - Konkurs - Process definirt unser Gesetzbuch ¹⁾ dasjenige gerichtliche Verfahren, welches dann eintreten muß, wenn das Vermögen eines Schuldners zur Tilgung seiner sämtlichen Schulden nicht mehr zureicht, und deshalb seine Gläubiger durch öffent-

1) Cod. ind. Cap. XIX. §. 1. V. *Gönn*er Handb. d. gem. d. Proc. B. IV. Abth. 82. §. 7., dann desselben Entwurf eines Gesetzbuches über das gerichtl. Verfahren in bürgerl. Rechts-Sachen. Buch III. Kap. IX. §. 1. nro. 3. *Seb. A. Krafts* prakt. Anmerk. über den Konkurs-Process. §. 4. u. 5.

liche Proklame zur Richtigstellung (Liquidation) ihrer Forderungen, und zur gesetzlichen Verhandlung über ihre Vorzugsrechte, (Priorität) vorgeladen werden. Diesem steht entgegen der *Particular-Konkurs* - (Edicts-) *Proceß*, welcher dann Statt hat, wenn nicht alle, sondern nur einige Gläubiger auf ihre Befriedigung dringen, und nicht das ganze Vermögen des Schuldners, sondern nur einen Theil desselben in Anspruch nehmen. Ueber diesen letzten hat der fleißige und verdiente Stadtgerichts - Assessor *Miltner* ²⁾ besonders in Bezug auf die historische Nachweisung der Quellen unserer vaterländischen Gesetze, ein sehr schätzbares Werk geliefert, den Universal-Konkurs-Proceß aber nach meiner Uezeugung zu kurz abgehandelt, so daß ich es für keine unverdienstliche Arbeit halte, dieser in jeder Hinsicht wichtigen und interessanten Proceßgattung eine eigene Abhandlung zu widmen.

Gant- und Konkurs-Processe werden übrigens zwar meistentheils als gleichbedeutend angenommen, ob sie gleich wesentlich ver-

2) Der baierische Gantproceß in *historischer* und *theoretisch-praktischer* Hinsicht, von *F. X. Miltner*. Landshut 1804.

schieden sind, indem jener den öffentlichen Verkauf (Vergantung, Subhastation), dieser den Streit über den Vorzug unter den Gläubigern (*Certamen de prioritare*) bezeichnet. Die Gant kann auch ein einziger Gläubiger herbeiführen ³⁾. Zum Konkurse sind aber immer Mehrere mit verschiedenen Rechtsansprüchen versehene Gläubiger erforderlich.

Um in den Geist und das Wesen des baierischen *Universal-Konkurs-Processes* ganz einzudringen, und mit strenger logischer Konsequenz die Folgesätze oft aus wenigen Worten ableiten zu können, finde ich für nöthig, vor allem die Grundlage des baierischen *Processes* überhaupt, und besonders jene des *Universal-Konkurs-Processes* aufzusuchen und gehörig nachzuweisen. Mit Recht sagt Freiherr v. *Kreitmayr* in der Vorrede zu seinen Anmerkungen zum *Judiziar-Kodex* „dafs oft mit einem einzigen Worte gar vieles gesagt und decidirt worden sey;“ weil er wohl voraussetzen durfte, dafs der Richter und jeder Rechtsgelehrte sich in das System und den Geist des Gesetzes einstudieren würde, was da, wo eine sichere Basis vorhanden ist,

³⁾ Cod. jud. Cap. XVIII. §. 7.

wohl nicht so schwierig seyn dürfte, aber doch — so selten geschieht. —

§. 2.

Grundlage des baierischen Civil-Processes.

Ich glaube als allgemein anerkannt voraussetzen zu dürfen, daß der ganze baierische Process auf der *Verhandlungs-Maxime* beruhe, ohne daß jedoch dabei die Befugniß und Verbindlichkeit der *richterlichen Process-Direktion* ausgeschlossen ist, die sich vielmehr bei vielen Gelegenheiten aufs deutlichste ausspricht.

So muß der Richter im ordentlichen und summarischen Prozesse auf den Legitimations-Punkt *von Amtswegen* sehen ⁴⁾.

Er muß auf das bei jeder Sache obwaltende Recht und Interesse eines dritten allezeit *von Amtswegen* fleißige Obacht haben, und für die Adcitation solcher aktenmäßiger Interessenten sorgen ⁵⁾.

Er darf unschickliche Klagen von Amtswegen zurückweisen, muß aber auch alles,

4) Cod. jud. Cap. VII. §. 1.

5) Cod. jud. Cap. VIII. §. 4. nro. 5.

was der Klage, ihrer Eigenschaft nach anhängig ist, allzeit von *Amtswegen* ersetzen ⁶⁾.

Er muß auf *Exceptiones juris*, und selbst solche faktische Einreden, die sich schon so genügend, daß dieselben keiner weitem Probe mehr bedürfen, aus den Akten erhellen, von *Amtswegen*, Bedacht nehmen ⁷⁾, und darf selbst, trotz der Strenge des Weisungs-Verfahrens und der unbedingten Präklusiv-Eigenschaft der Beweis-Termine, auch ohne speciellen Antrag den Zeugen General- und Special-Fragestücke stellen, ja selbst die Partheien über den Stand der Sache befragen ⁸⁾; offenbare Ausflüsse der richterlichen Proceß-Direktion (nicht Untersuchungs-Maxime) die unser Proceß-Gesetzbuch sehr weise und nach strengen Grundsätzen, mit der sonst folgerecht durchgeführten Verhandlungs-Maxime verbindet.

Ohne hier in die Frage einzugehen, ob das Verhandlungs-Princip recht- und vernunftgemäß seye, wenn je v. Gönners Urtheil darüber noch einen Zweifel zuläßt ⁹⁾, und in

6) Cod. jud. Cap. IV. §. 5. nro. 5. u. 6.

7) Cod. jud. Cap. VI. §. 9.

8) Cod. jud. Cap. X. §. 15. nro. 7.

9) v. Gönners Handb. B.I. Abh. VI.

wie ferne der richterlichen Proceß-Direktion, deren Basis übrigens, was ich mir anderswo nachzuweisen vorbehalte, nie die Untersuchungs-Maxime seyn kann, ein weiterer oder engerer Spielraum anzuweisen seyn möchte, genügt es hier, den vom Gesetzgeber mit den vorgeschriebenen Einschränkungen beobachteten *Grundsatz der Verhandlung* für den ordentlichen und summarischen Proceß nachgewiesen zu haben.

§. 3.

Basis des Universal-Konkurs-Processes.

Auch der Universal-Konkurs-Proceß beruht im wesentlichen auf derselben Grundlage. Nur ist hier das *Verhandlungs-Princip* in noch weit höherm Grade als Norm angenommen, dem *richterlichen Amte* aber *nur sehr wenig* mehr eingeräumt. So darf sich hier der Richter von Amteswegen um den Legitimations-Punkt nichts bekümmern, darf keinen Beweis durch Vorbescheid auflegen. Der Liquidant muß alle Beweises-Behelfe am 1sten Edikts-Tage unter Präklusions-Strafe beibringen, muß die Weisungs-Sätze mit Zeugenbenennung und Anleitung, ja selbst

die Eidesformel unter der nämlichen Strafe vorlegen ¹⁰⁾).

Der Unterschied zwischen dem Universal-Konkurs- und dem ordentlichen oder summarischen Prozesse ergiebt sich schon zum Theile aus diesen Gegensätzen, und es wird nicht schwer seyn, besonders aus dem Zwecke des ersten den Grund der gewählten Proceßart aufzufinden.

§. 4.

Gegenstand und Zweck desselben.

Der Gegenstand und Zweck des Universal-Konkursprocesses ist nämlich nicht nur die Festsetzung *der Richtigkeit* (*Liquidität*) einer, oder sämtlicher an die Konkurs-Massa gestellter Forderungen, sondern auch die Bestimmung des *Vorzugs-Rechtes*, (*Priorität*) jeder einzelnen und aller Forderungen unter sich.

§. 5.

Hieraus abgeleitete Sätze.

Ohne der einmal für den Civil-Proceß überhaupt angenommenen Grundlage der Ver-

10) Cod. jud. Cap. XIX. §. 8. nro. 7 et §. 10, nro. 1 et 3. §. 11. nro. 1. §. 12. etc.

handlung auf eine auffallende Weise bei einem besondern Processe ungetreu zu werden, muß im Konkurse auch über diese beiden Punkte verhandelt werden.

I. *Der Gegenstand des Universal - Konkurs-Processes ist daher die Feststellung der Liquidität und Priorität aller Forderungen an eine Konkurs-Masse.*

Die nothwendige Folge dieses vorhergehenden Satzes ist, daß die Verhandlung des Universal - Konkurses in *Einem Proceſſe* geschehen müsse.

Denn, wenn es auch noch thunlich wäre, über die Liquidität jeder einzelnen Post ein gesondertes Verfahren zu gestatten, obwohl schon allein dadurch, besonders bei großen Konkursen, die Akten ohne Noth, ja zweckwidrig, vervielfältigt werden würden, so ist dieß doch in Hinsicht der Priorität platterdings nicht möglich, weil da jeder Gläubiger Gegner des andern ist, und bei der separirten Behandlung der Priorität jeder einzelnen Forderung eine unabsehbare Menge von Separat-Akten entstehen müßte.

II. *Sowohl der Punkt der Liquidität als der Priorität müssen also in Einem Proceſſe verhandelt werden.*

Eben dadurch spricht sich die weitere Folge,
III. *dass auch das Erkenntniss sich sowohl über die Liquidität als die Priorität jeder Forderung verbreiten, folglich über beide Punkte auch in Einem Erkenntnisse abgesprochen werden müsse.*

schon für sich genügend aus, ohne dass über diesen Satz noch eine weitere Erörterung nöthig wäre, weil denn doch gewiss der *Verhandlung das Erkenntniss, und dieses jener entsprechen muss.*

Es ist ohne meine Erinnerung nicht zu misskennen, dass die Aufgabe, welche der Gesetzgeber hier zu lösen hatte, sehr schwierig war. Sie bestund nämlich darin:

„Ueber eine mehr oder minder grosse Anzahl der verschiedenartigsten Forderungen, in Einem Processe, und zwar nach den beiden wesentlichen Momenten, Liquidität und Priorität jeder einzelnen Post, gleichzeitig zu verhandeln, und über beide angegebene Punkte in Einem Urtheile zu erkennen.“

§. 6.

Mittel zu diesem Zwecke.

Die zur Realisirung dieses Zweckes ebenso sicher als schnell führenden Mittel entgien-

gen jedoch dem erprobten Scharfblicke des grossen vaterländischen Gesetzgebers nicht, und er führte sie mit solcher meisterhaften Konsequenz durch, daß ihm nirgends oder doch gewiss nur höchst selten, eine auch nur kleine Abweichung von den aufgestellten Grundsätzen nachgewiesen werden kann.

Der Gesetzverfasser fand nämlich das erste Mittel zur Erreichung der eben angegebenen Zwecke in der *Wahl der Processart*. Je weit-schichtiger jeder Konkurs-Process schon für sich theils wegen der Menge von Forderungen, die da nothwendig zusammenkommen, theils wegen des doppelten Zweckes der Verhandlung über Liquidität und Priorität nothwendig werden mußte, desto stärker sprach sich im Gegensatze die Nothwendigkeit aus, die sonst im ordentlichen und summarischen Prozesse gewöhnlichen Formen so viel möglich abzukürzen, oder ganz zu beseitigen, und nur das Wesentliche (*Essentialia processus*) beizubehalten.

IV. *Die Wahl des Processus summarissimi war also im wesentlichen durch den Zweck geboten.*

Allein auch bei dieser Processart sind ausser dem Konkurse Termins-Verlängerungen zulässig, wenn gleichwohl da engere Fristen

ertheilt werden sollen. Der Richter kann auch *in processu summarissimo* auf Beweis erkennen, und es ist gegen ein solches Interlocut die Berufung zulässig; dem Richter liegt auch da die Verbindlichkeit der Proceß-Direktion in ihrem vollen Umfange ob, ja es dürfte gerade bei dieser Proceßart, und besonders bei Untergerichten, wo oft keine Anwälde vorhanden sind, das *nobile judicis officium* oft sehr nahe an die Funktion eines Advokaten grenzen. Das eine müßte im Konkurs-Processe so bestimmt, wie das andere vermieden werden. Dieß zu erzwecken, war nur dadurch möglich, daß

V. *alle Termine im Konkurse als präklusiv ausgesprochen würden,*
so daß jeder Gläubiger, der an dem anberaumten Termine die an demselben gesetzlich vorgeschriebene Handlung ganz oder zum Theil unterläßt, als ob er darauf Verzicht geleistet hätte, angesehen wird.

Ganz in Uebereinstimmung mit diesem eben ausgesprochenen Grundsatz, und als nothwendige Folge aus demselben, ergiebt sich von selbst der weitere Satz, daß

VI. *der baierische Konkurs-Proceß durchgehends auf der reinen Verhandlungs-Maxime beruhe.*

Nur das Anbringen und die Anträge der Partheien bestimmen da die Thätigkeit des Richters. Von Amteswegen thut er hier nichts; er darf nichts thun, weil ihm überall die gesetzlich ausgesprochene Präklusion jeder Handlung, die nicht in dem vorgeschriebenen Termine rechtsgenügend vorgenommen wird, die Hände bindet. Er darf also keinen Beweis durch Vorbescheid auflegen, nicht auf Nachtragung von Dokumenten sprechen, ja sich nicht einmal um den Legitimations-Punct bekümmern.

§. 7.

Korollarien.

Aus diesen Prämissen glaube ich noch folgende Korollarien ableiten und ausdrücklich hieher bemerken zu müssen, weil denselben, wenn sie gleich noch so einleuchtend sind, doch, besonders von Untergerichten und Anwälten so häufig zuwider gehandelt wird.

1) Mit Unrecht wird nämlich in Fällen, wo das XIX. Kapitel des Judiziarkodex nichts zu bestimmen scheint (es bestimmt, wenn man suchen und — denken will), auf die frühern Kapitel desselben recurriert, weil es denn doch klar ist, daß die für den ordent-

lichen und summarischen Proceß gegebenen Vorschriften nicht auf eine ganz andere *eigene* Proceßart, die selbst vom *processu summarissimo* abweicht, angenommen werden können. Wozu hätte auch der Gesetzgeber sonst dem Konkurs-Processe ein eigenes Kapitel gewidmet?

2) Nur da, wo sich's um die wesentlichen Stücke des Processes handelt, oder wo das Gesetz selbst auf die vorhergehenden Kapitel hinweist, ist, und zwar als Ausnahme von der Regel, eine solche Rückbeziehung zulässig, wie dieß z. B. bei der Appellation, Revision und Restitution, dann der vermuteten Vollmacht und bei den Exceptionen geschieht ¹¹⁾).

Wer würde es auch nicht sonderbar und dem Geiste des Konkurs-Processes geradezu entgegenstrebend finden, wenn ein Gläubiger auf die Einhaltung der Formen des ordentlichen Weisungs-Processes antragen, und daraus seine Argumente herleiten sollte? Mit eben dem Rechte könnte ein Gläubiger, der am ersten Ediktstage seine Schuld-Urkunden nur in Abschrift, nicht in genügend bewei-

¹¹⁾ Cod. jud. Cap. XIX. §. 6, 8. et 16.

sender Form beigebracht hat, vorerst auf Anberaumung eines Termins zur Produktion der Originalien antragen!

Nach diesen sowohl dem Buchstaben als dem Geiste unsers Konkurs-Processes entsprechenden Hauptsätzen, deren Richtigkeit sich in der Folge bei jeder Veranlassung vollkommen bewähren wird, werden sich in der Behandlung jedes einzelnen Theiles desselben um so mindere Schwierigkeiten ergeben, je einleuchtender die Folgerungen aus obigen Hauptsätzen sich von selbst darstellen müssen, und je leichter nach denselben jeder Zweifel und jeder Anstand gehoben werden kann. Ich gehe daher nunmehr ohne weiteres auf die Abhandlung selbst über, wobei ich, so viel möglich, der Ordnung des Gesetzbuches folgen werde.

§. 3.

Erfordernisse zum Universal-Konkurs.

Der *Universal-Konkurs-Process* muß dann eintreten, wenn der Schuldner nicht mehr zahlungsfähig ist, folglich alle seine Gläubiger durch öffentliche Proklame zu dem Ende zusammenberufen werden, damit sie ihre Forderungen behörig stellen, liquidiren, und über den Vorgang rechtlich mit einander cer-

tiren sollen. Derselbe setzt also nach diesem gesetzlichen Begriffe voraus:

- I. einen zahlungsunfähigen Schuldner,
- II. mehrere Gläubiger desselben, deren Forderungen
- III. verschiedener Natur sind, so daß eine vor der andern rechtliche Ansprüche auf Befriedigung aus der Konkurs-Masse hat.

§. 9.

I. Zahlungs-Unfähigkeit.

Eine nähere Erörterung dieser drei Erfordernisse dürfte hier nicht am unrechten Orte seyn. Das Gesetz spricht nämlich von einem zahlungsunfähigen Schuldner, der mit einem gänzlich überschuldeten ja nicht für eins und dasselbe genommen werden darf. Es ist daher keineswegs nothwendig, daß, um auf die Gant- und die Einleitung des General-Konkurs-Processes zu erkennen, die Ueberschuldung des Debtors schon so auf platter Hand liege, daß ein Theil der bekannter Forderungen bestimmt zu Verlust gehen muß; es genügt vielmehr, wenn durch längeres Zuwarten einige Verlustes-Gefahr mit Grunde zu befürchten ist. Es ist daher eine durchaus unrichtige Ansicht, wenn ein Unterge-

richt, nach vorläufiger Herstellung des Aktiv- und Passiv-Standes die Decretur der Edictalien deshalb verweigert, weil jener diesen um ein Paar hundert Gulden übersteigt, und erst auf die gemachte Erinnerung, daß die Illaten des Eheweibes in den Passiv-Stand aufzunehmen vergessen worden seyen, das *Decretum de aperiundo concursu* erläßt, weil nun bestimmt einige hundert Gulden zu Verlust gehen müssen.

Diese Ansicht widerstreitet schon allein dem Grundsätze des ganz gleichen Rechtsverhältnisses der streitenden Theile, welches dem Richter immer heilig seyn muß, so daß er seiner Pflicht gewiß sehr schlecht nachkommen würde, wenn er einen noch nicht ganz oder doch größtentheils verschuldeten Bürger noch so lange forthausen lassen wollte, bis einige der minder privilegirten Gläubiger ihre übrigens liquiden Forderungen bestimmt verlieren müssen. Vielmehr muß selbst in dem Falle, wenn das Vermögen auch noch nicht ganz offenbar überschuldet, sondern nur durch längeres Zuwarten einige Verlustes-Gefahr zu befürchten ist, z. B. wenn das Vermögen nur in leicht zu verschleppenden Effekten, oder deren Verkaufspreis sehr prekär ist, besteht, nach baierischem Gesetze

ohne weiters auf Andringen der Gläubiger auf den Konkurs erkannt werden ¹²⁾).

§. 10.

II. Konkurrenz mehrerer Gläubiger.

Ein einziger Gläubiger, selbst auch wenn seine Forderung das Vermögen des Schuldners übersteigt, kann zwar wohl die *Gant* (Subhastation) bewirken, nie aber einen Konkurs zur Folge haben, dessen Wesenheit darin besteht, daß das Vorzugs-Recht der verschiedenen Forderungen unter sich ausgemittelt, und vom Richter ausgesprochen werden soll. Ist nun *Ein Gläubiger*, oder was eines und

12) Cod. jud. §. 3. et annot. *F. X. Miltner's* Gantproceß II. Abth. S. 204 — 6. v *Gönn-ner's* Hdb. d. D. gem. Proc. Abh. LXXXII. §. 3. nro. 3. et §. 7. scheint zwar nach gem. Rechte absolute Ueberschuldung zu fordern. Allein nach baierischem Rechte ist die Sache klar entschieden, und selbst nach gem. Rechte dürfte die Sache da, wo mehrere Gläubiger, auch bei zureichendem Vermögen, auf ihre sogleiche Befriedigung dringen, ein *Certamen de prioritare* dann unvermeidlich seyn, wenn nicht die gleichzeitige, sondern nur die allmähliche Befriedigung aller Gläubiger möglich ist.

dasselbe ist, mehrere mit ganz gleichen Vorzugs-Rechten versehene Gläubiger ¹³⁾ vorhanden, so wird demselben oder den Gleichberechtigten der Erlös aus der verkauften Haabe des Schuldners behändigt, oder wenn sich kein annehmbarer Käufer findet, ihnen das Anwesen an Zahlungs-Statt zugeschlagen.

§. 11.

III. *Verschiedenheit der Forderungen.*

Eben der Zwek und das Wesen des Konkurs-Prozesses spricht auch die Nothwendigkeit des Daseyns *verschiedener Forderungen in Bezug auf ihre Priorität* aus. Denn wenn z. B. nur Kinder erster Ehe mit ihrem Muttergute auf Bezahlung dringen, oder lauter Currentisten, von denen durchaus keiner vor dem andern auf ein Vorzugs-Recht Anspruch machen kann, die Vergantung eines Schuldners nothwendig machen, so läst sich hier lediglich keine Verhandlung über die Priorität denken, weil weder im ersten noch im letzten Falle ein Gläubiger vor dem anderen ein Vorzugs-Recht geltend machen kann, folglich der Zweck des Konkurs-Processes,

13) *Gönners* Abh. a. a. O. §. 7. nro. 2.

Ausmittlung der Priorität jedes einzelnen Gläubigers, und Ausspruch derselben durch den Richter platterdings wegfällt. — Dieß versteht sich jedoch von selbst nur dann, wenn die Rechtsgleichheit aller Forderungen schon acktenmässig vorliegt, widrigen Falls, wegen der Möglichkeit verschiedenartiger Forderungen, mit der Einleitung des Gantverfahrens, wenigstens eventuel auch die Erlassung der Edickthalien verbunden werden müßte.

Zweiter Abschnitt.

Von dem präparatorischen Verfahren, und den Mitteln zur Beseitigung des Konkurses.

§. 12.

Präparatorisches Verfahren, und dessen Zweck.

Da der Konkursproceß immer die nachtheiligsten Folgen für den Schuldner, gegen welchen er erkannt, und öffentlich ausgeschrieben wird, nothwendig haben muß, so ist es klar, daß derselbe ohne Noth und ohne genügend rechtlichen Grund nicht erkannt und ausgeschrieben werden dürfe. Jedes Erkenntniß auf Konkurs setzt also nothwendig

ein *präparatorisches Verfahren* voraus, welches nach Umständen selbst eine förmliche, jedoch immer möglichst abgekürzte Verhandlung, mit ausdrücklicher Zulässigkeit der Berufung erheischt. Diese Verhandlung kann natürlich nur die Untersuchung des Vermögensstandes, und dessen Verhältniß zu den bei Gericht bereits bekannten Schulden zum Gegenstande haben, weshalb sie auch dahin wegfällt, wo die Vermögens-Unzulänglichkeit bereits als eingestanden vorliegt, oder vom Gesetze vorausgesetzt wird.

§. 15.

Fälle, in welchen dasselbe unnöthig.

Eine Verhandlung über die Erlassung des Konkurs-Erkenntnisses fällt daher hinweg:

I. Wenn sich der Schuldner selbst vor Gericht für insolvent erklärt; indem in diesem Falle, weil nur der Schuldner *legitimus Contradictor* wäre, kein Widerspruch sich denken läßt, wenn anders diese Angabe durch einen specifischen Nachweis unterstützt ist, und sonst kein zureichender Grund zu einer nähern Untersuchung vorliegt¹⁴⁾.

¹⁴⁾ v. G ö n n e r's Entw. u. s.w. B.II. Abth.3. Kap.IX. §.4. no. 1. M i l t n e r's Gantpr. II. Abth. S. 205.

II. Wenn gegen einen abwesenden Schuldner, der weder die Ursache noch die Zeit seiner Abwesenheit angezeigt, noch dessen Aufenthalts-Ort bekannt ist, mehrere Gläubiger auftreten, und entweder eine Ueberschuldung notorisch, oder doch Verlustes - Gefahr für die Gläubiger zu befürchten ist; Endlich aus ebendemselben Grunde

III. wenn ein Erbe die ihm angefallene überschuldete Erbschaft ausschlägt, und dieselbe um die darauf haftenden Schulden den Gläubigern des Erblassers überläßt.

In diesen Fällen ist ohne weitere Untersuchung des Vermögensstandes, und ohne alle Verhandlung sogleich zur Eröffnung des Konkurses zu schreiten, und jene Maasregeln vorzukehren, welche die Erhaltung und Sicherstellung der *Masse* erfordern¹⁵⁾.

(15) F. X. *Miltner's* Gantproc. S. 205. u. v. *Göner's* Entwurf eines G. B. über das ger. Verf. in bürgerl. Rechtssachen. B. II. Abth. 3. Kap. 9. §. 4. Preuss. Gerichts - Ordn. Tit. 50. §. 4. wo zwar noch ein 4. Fall angenommen ist,

§. 14.

Fälle, in welchen es nothwendig ist.

Wohl ist hingegen eine Untersuchung des Vermögens-Standes nothwendig, wenn der Schuldner die Sufficienz seines Vermögens behauptet, dagegen der Richter entweder

- a) aus den wider den Schuldner schon angebrachten Klagen, oder nach dessen sonst bekannten Vermögens - Umständen, und Lebensart dagegen gegründete Zweifel schöpft, oder
- b) wenn die Gläubiger ausdrücklich auf die Eröffnung des Konkurses antragen, der Gemeinschuldner aber dagegen protestirt. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß der Richter im ersten Falle besonders beim Daseyn mehrerer Schuldklagen, und anderer gerichtlich bekannter (z. B. Hypothekar) Schulden, von Amtswegen, auch wenn keiner der klagenden Schuldner auf die Eröffnung des Konkurses antragen sollte, das Präliminar-Verfahren einleiten

der aber mit Fug, als unter dem ad 3. angegebenen, begriffen, weggelassen werden kann. —

müsse, weil ausserdessen die Befriedigung des einzelnen Klägers sehr leicht auf Kosten anderer, und selbst gerichtlicher Hypothekargläubiger, geschehen könnte, somit die Rechtsgleichheit im richterlichen Schutze offenbar verletzt würde¹⁶⁾. Noch einleuchtender ist die Sache, wenn die richterliche Thätigkeit durch den bestimmten Antrag eines oder mehrerer Gläubiger auf die Konkurs-Eröffnung in Anspruch genommen wird, indem in diesem Falle Verweigerung, oder auch nur Verzögerung des gestellten Antrages, falls die Gründe, worauf sich selber stützt, richtig sind, die offenbarste Rechts-Verletzung gegen die auf ihre Befriedigung andringenden Gläubiger wäre.

§. 15.

Verhandlungs-Art hierüber.

Die Verhandlungs-Art über die Untersuchung des Vermögens-Standes ist verschieden, je nachdem der Richter blos aus erhobenen Schuldklagen, und sonst gerichtlich bekannten Schulden von Amtswegen die Veranlassung hiezu nimmt, oder durch ausdrückliche Anträge eines oder mehrerer Gläu-

16) v. Gönner Handb. Abh. 82. §. 8.

biger dazu aufgefordert wird. In einem wie dem andern Falle ist jedoch möglichste Beschleunigung die vorzüglichste Rücksicht, wesshalb der im ordentlichen und summarischen Processe gewöhnliche Schriftenwechsel hier geradezu zweckwidrig wäre, sondern alles vielmehr summarissime zu Protokoll verhandelt werden muß. Die Herstellung eines förmlichen Inventars ist aber im präparatorischen Verfahren eben so wenig zulässig, als in der Regel eine vorläufige öffentliche Vorladung der Gläubiger nothwendig ist. Eine umständliche Vermögens - Angabe des Schuldners, so wie das von selbem abzufordernde namentliche Verzeichniß seiner Schulden genügt in dem Falle, und es ist lediglich Sache der Gläubiger, gegen erstere ihre Bedenken anzugeben, hinsichtlich des Daseyns mehrerer Gläubiger aber, oder etwa des Mehrbetrages ihrer eigenen vom Gemeinschuldner zu gering angegebenen Forderungen den Richter gehörig aufmerksam zu machen, und die unwahren Angaben zu berichtigen ¹⁷⁾).

17) Vergl. Cod. jud. Cap. XIX. §. 18. no. 2. u. §. 20. no. 1. v. G ö n n e r's Hdb. Abh. 52. §. 8. dessen Entwurf etc. B. II. Abth. 3. Kap. IX.

§. 16.

Versuch gütlicher Ausgleichung.

Allerdings aber bietet sich hier dem Richter die schönste und beste Gelegenheit dar, einen ohne sein Verschulden bloß durch Unglücksfälle herabgekommenen Schuldner bei häuslichen Würden und Ehren zu erhalten, und es ist zuverlässig der erhabenste Beruf eines Justiz-Beamten, hier aus allen Kräften mitzuwirken, das immer kostspielige Konkurs-Verfahren durch eine gütliche Auseinandersetzung einer solchen Debitsache zu beseitigen, wozu oft die Gläubiger selbst gerne die Hände bieten, vorzüglich wenn

§. 5. Preuss. Proceßordn. Tit. 50. §. 9. u. f. dann *Miltner's* Gantproc. S. 207. u. f. dessen Ansichten ich aber weder in Hinsicht der Herstellung des Inventars vor dem Konkurs-Erkenntnisse, als dem klaren Gesetze widersprechend, noch hinsichtlich der Ausschreibung einer Liquidations-Tagsfarth, so häufig dies auch von Untergerichten geschieht, beipflichten kann, wobei mir besonders der von *Miltner* S. 208. in der Note d. angegebene Grund platterdings ungenügend scheint, weil es immer Sache jedes Gläubigers ist, für den Beweis seiner Forderung in Zeiten die nöthige Vorkehr zu treffen.

eine rechtliche, blos durch Unglück in Vermögens - Abfall gerathene Familie derselben Mitleiden in Anspruch nimmt!

Wie viel hiebei der gute Wille des Instruents, ein zweckmäßiger Vortrag desselben am Verhandlungs-Termine, und lichtvolle Darlegung des Verhältnisses des Aktiv- und Passiv-Standes, der Mittel, letztere allmählig zu tilgen, und der Nachsichtsgründe, welche dem Gemeinschuldner billigen Anspruch auf das Mitleiden seiner Gläubiger geben, läßt sich leicht erachten.

Die Resultate mehrerer solcher Versuche von Gerichts-Beamten, denen ihr hoher Beruf und das Wohl der ihnen anvertrauten Staatsbürger näher am Herzen lag, als manchem andern sein Tax- und Sportel-Antheil, gaben mir die angenehme Ueberzeugung, daß selten ein solcher Versuch scheiterte, sondern vielmehr meistentheils eben so zum entschiedenen Vortheile einer dem Staate erhaltenen Familie, als zur Zufriedenheit der meisten Gläubiger ausfiel, die auf jeden Fall nicht nur die im Konkurse immer unvermeidlichen baaren Auslagen ersparten, sondern auch dem, der öfters Erscheinung bei Gerichte wegen, allezeit lästigen Zeitverluste gerne die Zinsen, oder selbst einen Theil

des Kapitals zum Opfer bringen. Die Absicht unserer humanen Regierung, drohenden Rechtsstreiten durch gütliche Vergleiche vorzubeugen, ist auch durch mehrere allerhöchste Verordnungen deutlich ausgesprochen, so wie auch die obern und obersten Administrativ-Stellen sowohl bei Aerarial- als Stiftungs-Forderungen durchgehends von den humansten Grundsätzen ausgehen, und in solchen Fällen, wenn eine schuldlos verarmte Familie gerettet und dem Staate erhalten werden kann, die beträchtlichsten Opfer bringen.

§. 17.

a) *Durch Fristen und Nachlass-Verträge.*

Der gewöhnlichste Weg, einem drohenden Konkurse durch eine gütliche Auseinandersetzung vorzubeugen, ist ein *Fristen- und Nachlass-Vertrag*, der nach Umständen mit Partial-Verkäufen, Verpachtung einzelner Objekte oder des ganzen Anwesens u. dgl. verbunden werden kann.

Die gesetzlichen Vorschriften in diesem Falle sind folgende: Verstehen sich sämtliche Gläubiger mit dem Gemeinschuldner einstimmig auf bestimmte Fristen und Nachlässe, so ratificirt der Richter diesen, jedoch mit möglichster Bestimmtheit und Umsicht zu

Protokoll zu nehmenden Vertrag, und sorgt für die genaue Beobachtung desselben von Seite des Schuldners. Scheint der Mann nicht ganz zuverlässig zu seyn, so ist die Beibringung eines *Bürgen* sehr räthlich, und, wenn dieser nicht aufzubringen ist, bleibt die *kassatorische Klausel* die beste Vorsichts - Maasregel, worauf der Richter, dem die Rechte der Gläubiger eben so heilig als die des Schuldners seyn müssen, und der des letztern Kräfte gewöhnlich am besten kennt und zu würdigen im Stande ist, allerdings auch von Amtswegen aufmerksam machen kann, besonders da dieselbe zugleich der eindringendste Sporn seyn wird, den Schuldner anzutreiben, alles mögliche zu thun, um den übernommenen Verbindlichkeiten nachkommen zu können.

§. 18.

b) *Durch den Beschluss der Mehrheit.*

Sind die Erklärungen der Gläubiger getheilt, so entscheidet der Beschluss der Mehrheit gleich oder mehr privilegirter Gläubiger, welchen sich auch die Minderzahl der gleich oder minder befreiten Kreditoren gefallen lassen muss. Es fällt dabei von selbst in die Augen, dass nicht die *Zahl der Gläubiger*, sondern die *Summen ihrer Forderungen* hier

den Ausschlag geben, so daß also auch ein einziger Gläubiger, wenn seine Forderung die privilegierteste ist, und ihr Betrag die Summe aller übrigen gleich oder minder privilegierten übersteigt, die Majorität ausmachen kann.

Falls *vota paria* vorhanden sind, erlaubt das Gesetz dem Richter den Ausspruch nach der Billigkeit zu machen ¹⁸⁾. Wie aber, wenn ein Theil der minder privilegierten Gläubiger gegen solche Fristen und Nachlässe protestirt und dem Gemeinschuldner den Vorwurf eigenen Verschuldens durch Verschwendung, Leichtsinn, gewagte Spekulationen u. dgl. macht, soll da nichts desto minder der Beschluß der Mehrprivilegirten die Minderbevorrechteten binden? Allerdings. Zwar schreibt das Gesetz ¹⁹⁾ für den Fall, wenn der Richter *von Amtswegen* Fristen und Nachlässe reguliren darf, bestimmte Modifikationen und Bedingnisse vor, welche vorhanden seyn müssen, wenn der Richter *von Amtswegen* Fristen und Nachlässe gewähren darf ²⁰⁾. Allein diese Bedingnisse und Modifikationen

18) Cod. jud. Cap. XVIII. §. 13. nr. 1. et 2.

19) Cod. jud. l. c. nr. 3.

20) Vergl. den folg. §.

lassen sich nur auf den Fall der *von Amts-*
wegen zu regulirenden Fristen (analog mit
den gesetzlichen Vorschriften über Morato-
rien) anwenden, und es ist eine durchaus
irrige Ansicht vieler Anwälde und selbst man-
cher Gerichte, wenn sie diese gesetzlichen
Vorschriften auch auf solche Fristen und
Nachlaß - Verträge beziehen, welche durch
einen Beschluß der Mehrheit der privilegir-
ten Gläubiger, der für die Minderzahl so gut,
als für den Richter selbst bindend ist, festge-
setzt werden. Da die Ziffern 2. und 3. des
Gesetzes offenbare Gegensätze enthalten, so
ist es schwer zu begreifen, wie sich selbst
einige Gerichtsstellen diese irrige Ansicht ei-
gen machen konnten. Dafs übrigens zur
Ausmittlung des Vorzugsrechtes der verschie-
denen Forderungen in keinem Falle das förm-
liche Prioritäts - Verfahren erforderlich sey,
sondern es an einer summarischen Liquida-
tion, durch welche der Betrag sowohl, als
das Vorzugsrecht jeder Forderung genügend
und ohne dafs hiegegen rechtserhebliche Ein-
reden vorliegen, hervorgeht, leuchtet schon
allein daraus ein, dafs, wenn einmal das
förmliche Prioritäts - Verfahren eingeleitet ist,
jeder Gläubiger gegen den andern schon auf
eine bestimmte Klasse ein erworbenes Recht

erhält, folglich ihm dasselbe, ohne offenbare Rechtskränkung, gegen seinen Willen nicht mehr entzogen werden darf.

Wie aber, wenn auch Wechsel- oder denselben gleichgestellte Bierschulden mitunterlaufen? Auch in deren Hinsicht gelten dieselben gesetzlichen Bestimmungen. Denn nachdem einer Wechselforderung keineswegs ein Separationsrecht gebührt, sondern derselben die vor dem Wechselgerichte geschehene Anerkennung nur ein gesetzliches Pfandrecht einräumt, welches jedoch erst vom Tage der gerichtlichen Anerkennung zu laufen anfängt²¹⁾, da den Bierschulden gleichfalls erst 4 Wochen nach der Anforderung die Vorzüge der Wechsel- und Merkantil-Schulden eingeräumt sind²²⁾, und dieses Hypothekrecht in jedem Falle nur auf dem freieigenen Vermögen, sohin keineswegs auf Erbrecht- oder Lehengütern, ohne beigebrachtem Konsense²³⁾

21) Wechsel-Ordnung vom 24sten Nov. 1785. Cap. 11. §. 4. M. G. S. B. III. S. 74. dann das Mandat v. 19ten Juli 1787. no. 7. M. G. S. B. III. S. 132.

22) Verordn. vom 24sten Sept. 1806. §. XXXV. Regier. Bl. St. 43. S. 385.

23) Mandat v. 19ten Juli 1787. §. 8. *Meier's* Gen. Samml. B. III. S. 132.

Statt hat, so versteht sich's von selbst, daß sich auch solche Wechsel- und Bierschulden, wenn sie auch ein gesetzliches Pfandrecht erlangt haben, an die Beschlüsse der ältern Hypothekar-Gläubiger gebunden sind. Daß übrigens dem Wechselschuldner in keinem Falle das Recht auf die Person des Wechselschuldners benommen werden könne, bedarf keiner Erinnerung²⁴⁾.

§. 19.

Fortsetzung.

Schwieriger ist die Sache, wenn einer oder mehrere der privilegirtesten Gläubiger auf ihre Zahlung dringen, während die minderprivilegirten zu Nachlassen und Fristen geneigt wären. Daß hier der Richter die Gläubiger zu Nachlassen nicht zwingen könne, ist wohl klar; daß es oft selbst die größte Ungerechtigkeit seyn würde, der ungesäumten Befriedigung eines vorzüglich privilegirten *Gläubigers* auch nur Hindernisse in den Weg zu legen, geht schon allein daraus hervor, daß oft das Wohl eines andern Staats-

24) Cod. jud. Cap. XIX. §. 20. no. 3. und W. O. v. 24sten Nov. 1785. Cap. 11. §. 10. M. G. S. B. III. S. 73.

Bürgers davon abhängen kann, wenn z. B. ein Pupillengeld abbezahlt werden soll, um den Gläubiger zu einer Heurath oder zum Kaufe eines Anwesens zu verhelfen etc. etc. In einem solchen Falle ist gewöhnlich, wenn nicht ein anderes entsprechendes Kapital aufgeborgt werden kann, der Verkauf einzelner Parzellen von dem Anwesen des Gemeinschuldners der einzige, aber auch meist zuverlässige Ausweg, der selten seinen Zweck verfehlen wird. — Ob und in wieferne der Verzicht des Weibes auf ihre Rechtswohlthaten und auf das Vorzugsrecht ihrer Illaten nothwendig oder zweckmäfsig sey, hängt meistentheils von den individuellen Verhältnissen einer solchen Debitsache und der dabei interessirten Gläubiger ab. Klug werden besonders jene Kreditoren, zu deren Gunsten das Weib nicht ohnehin schon verzichtet hat, immer thun, auf diese förmliche Verzichtleistung anzudringen, und das Weib wird sich dazu auch immer bereitwillig finden lassen, wenn es ihr anders darum zu thun ist, daß die den Gläubigern eingegangenen Verpflichtungen gewissenhaft erfüllt werden sollen ²⁵⁾).

25) Ich erachte es nicht für überflüssig, hier auf die strenge Einhaltung der Formen solcher

§. 19. *c) Durch richterlichen Spruch.*

Aber es können auch Fälle eintreten, wo der Richter sogar von Amtswegen Fristen und Nachlässe reguliren darf. Wenn der Schuldner durch gemeinkundige Unglücksfälle bloß in momentane Zahlungs-Verlegenheit kommt, wenn der Richter überzeugt ist, oder gegründete Vermuthung vorliegt, daß nur persönlicher Haß einiger Kreditoren die vorzüglichste Ursache seyn mag, einen ohne eigene Veranlassung in Zahlungs-Verlegenheit gekommenen Schuldner zu stürzen, so mag er selbst von Amtswegen, jedoch nur unter folgenden Modifikationen, Nachlässe und Fristenzahlungen reguliren.

a) Muß ein genauer, nöthigen Falls mit dem Manifestations-Eide bestätigter Aktiv- und Passiv-Stand des Schuldners Zahlungs-

Verzichte der Ehefrauen aufmerksam zu machen, deren Vernachlässigung die Unverbindlichkeit der ganzen Handlung zur Folge hat. Cod. jud. Cap. XX. §. 16. no. 4. Baier. LR. Tit. I. Art. 13. und B. Schmid ad stat. bav. loc. cit. no. 9. u. 21. dann die baierische Tax-Ordnung v. J. 1735. und die oberpfälzische vom J. 1750. Lit. B.

fähigkeit im Allgemeinen, und daß er nur auf einmal alles zu bezahlen, ohne seine Schuld, nicht im Stande ist, nachgewiesen seyn.

2) Dürfen sich solche von Amtswegen zu regulirende Fristen und Nachlässe nicht auf privilegirte Forderungen, am wenigsten aber auf Aerarial-Prästationen, auf Haftungen an Kultus oder Wohlthätigkeits-Stiftungen, an Arme, Dienstboten, Wittwen und Waisen erstrecken.

3) Am Kapitale selbst darf der Richter nie einen Nachlaß verfügen. Nur die Zinsen können von 5 auf 4 oder 3 Prozent herabgesetzt, ältere nicht privilegirte Zinsrückstände ganz oder zum Theil gestrichen, und hinsichtlich des Ueberrestes die Verfügung getroffen werden, daß dieselben erst nach hinwegbezahlten Kapitalien abgeführt werden mögen.

4) Die Kapitalsfristen selbst sind, vorzüglich wenn der Hauptstock unverzinslich belassen wird, zwar auf eine leidliche Art für den Schuldner zu reguliren, jedoch dabei auch Rücksicht zu nehmen, daß den Gläubigern hierdurch nicht allzugroßer Schaden zugefügt, mithin die Fristenzahlungen nie über 15 oder 20 Jahre hinaus regulirt werden.

Uebrigens versteht sich's ohnehin von selbst, daß

5) gegen den Gemeinschuldner kein Verdacht einer Flucht oder Dilapidation seines übrigen Vermögens, sondern vielmehr gegründete Hoffnung vorhanden sey, daß er auf solche Art, ohne Ruin und grossen Nachtheil seiner Gläubiger, bei häuslichen Ehren erhalten und ihm werkthätig dadurch aufgeholfen werden könne.

Da aus diesen vom Gesetze vorgeschriebenen Bedingungen wohl zur Genüge erhellt, daß der Fall, wo der Richter von Amtswegen Fristen- und Nachlaß-Zahlungen reguliren darf, nur äusserst selten eintreten dürfte, so fügt dasselbe mit Recht die weitere Vorschrift bei, daß der Richter mit allem möglichen Fleisse dahin zu trachten habe, daß sich die Creditoren selbst gutwillig auf Fristen und Nachlässe einverstehen, mithin es auf den Ausspruch von Amtswegen nicht ankommen lassen möchten. Das vorzüglichste Hinderniß wird wohl immer in den meisten Fällen das Andringen privilegirter Gläubiger seyn, die zu solchen Nachlässen und Fristenzahlungen nicht gezwungen werden dürfen. In diesem Falle bleibt, wenn sich solche Gläubiger nicht selbst zur Liegenbelassung ihrer Kapitalien in

Güte verstehen, wie schon oben bemerkt wurde, kein weiteres Mittel übrig, als deren Befriedigung durch Parzial-Verkäufe zu erzielen, um auf diese Art nur eine Masse von nicht privilegierten Gläubigern zu erhalten ²⁶⁾.

§. 20.

d) *Moratorien*.

Moratorien (Eisenbriefe, Indulte) gehören, da selbige nur vom Regenten verliehen werden können, eigentlich nicht hieher. Nur in soferne durch dieselben auch das Konkurs-Verfahren beseitigt werden kann, finde ich die Bemerkung hier nicht am unrechten Orte, daß sie keinesweges, wie so viele Rechts-Anwälde zu glauben scheinen, eine Gnaden-sache seyen. Das Gesetz ²⁷⁾ fordert vielmehr ausdrücklich *cognitionem causae*, und setzt die Bedingungen fest, deren Nachweisung zur Erlangung eines Eisenbriefes nothwendig ist. — Anwälde und Schuldner, welche die gesetzlichen Erfordernisse nicht genügend nachweisen können, verdienen daher strenge

²⁶⁾ Cod. jud. Cap. XVIII. §. 13. nro. 3. et §. 12. nro. 8.

²⁷⁾ Cod. jud. Cap. XVIII. §. 12.

Ahndungen, wenn sie durch solche Umtriebe zum Nachtheile ihrer Gläubiger ihre gesetzliche Befriedigung zu verzögern suchen, da sie doch wohl von der Ueberzeugung ausgehen können, daß das Staats-Ministerium der Justiz, ohne daß die gesetzlichen Requisite nachgewiesen sind, mit einer offenbaren Rechtsverletzung gegen die Gläubiger nie einem durch das Gesetz nicht dazu qualificirten Schuldner eine widerrechtliche Gnade erweisen werde. — Anders ist dieß nach gemeinem Rechte, nach welchem der Landesherr hierin allenfalls freie Hände hatte²⁸⁾, folglich die Gläubiger der ungezügelter Willkühr Preiß gegeben waren, was aber nach dem bairischen Rechte nicht der Fall ist. Gewiß auch einer der großen Vorzüge unserer vaterländischen Gesetzgebung vor dem vormaligen sogenannten gemeinen Rechte!

28) *D. Chr. Dabelow's* ausführl. Entw. von der Lehre vom Konkurse der Gläubiger. Kap. XVIII. S. 504.

Dritter Abschnitt.

Hauptverfahren im Universal- Konkurse.

§. 21.

Ganterkenntniss.

Kann auf keinem der eben vorgezeichneten Wege das förmliche Konkurs-Verfahren beseitigt werden, so hat der Richter die strenge Pflicht, ungesäumt auf den *Universal-Konkurs* zu erkennen, das *Decretum de aperiundo concursu* zu erlassen, und von diesem Momente fängt dann auch der Universal-Konkurs-Proceß mit allen seinen Wirkungen an, die sich sowohl in Bezug auf den Gemeinschuldner, als auf die Masse, und selbst auf die in deren Hinsicht in eine Gemeinschaft tretenden Gläubiger auf verschiedene Weise äussern.

Dafs dieser für den Gemeinschuldner wie für die Gläubiger gleich präjudicirliche richterliche Akt durch ein *förmliches Erkenntniss* ausgesprochen werden müsse, bedarf wohl keiner Erinnerung, so wie sich die Nothwen-

digkeit der *förmlichen Eröffnung* desselben ebenfalls von selbst ausspricht, indem die Gläubiger sowohl, als besonders der Schuldner, wesentlich dabei interessirt sind, und letzterem oft der größte Nachtheil dadurch zugehen kann, weshalb ihm auch die Berufung gegen dieses Ganterkenntniss undisputirlich zusteht. Dem Gläubiger kann diese Publication durch Umlaufschreiben, dem Schuldner muß sie entweder durch ein besonderes Decret, oder zu Protokoll geschehen, wobei es zweckmässig ist, ihn besonders darauf aufmerksam zu machen, dass er, falls er dagegen die Berufung zu ergreifen gedenkt, dieses innerhalb 14 Tagen um so zuverlässiger bei Gericht anzuzeigen habe, als ausserdem ohne weiteres mit Ausschreibung der Edictalien vorgefahren werden würde²⁹⁾.

§. 22.
Berufungs-Fatale dagegen.

Dieses ist jedoch keineswegs, wie so viele Untergerichte irrig glauben, ja selbst sogar beim Prioritäts-Erkenntnisse oft ausdrücklich präfigiren, als *Berufungs-Fatale* zu betrach-

²⁹⁾ Cod. jud. Cap. XIX. §. 4. no. 5.

ten. Dieses ist vielmehr der einzige Fall, wo das baierische Gesetz das im gemeinen Rechte vorgeschriebene *fatale interponendae appellationis* beibehalten hat. Der Grund, den das Gesetz angiebt, ist allerdings wichtig, „damit die Proclamata nicht vergeblich angeschlagen und die Gläubiger nicht „in unnöthige Kosten gesprengt werden“. Diese Gesetzesstelle hat also keineswegs den Sinn, als ob die Berufung gegen das Konkurs-Dekret innerhalb 14 Tagen ergriffen und beim höhern Richter introducirt werden müßte. Genug, wenn der Schuldner, der sich hiedurch beschwert erachtet, innerhalb 14 Tagen von Eröffnung des Konkurs - Dekretes, seine Absicht, dagegen die Berufung ergreifen zu wollen, schriftlich oder mündlich bei Gerichte erklärt, so läuft ihm dann der gewöhnliche Berufungs-Termin von 60 Tagen (*fatale introducendae appellationis*), vom Tage der Eröffnung, mit der vollen suspensiven Rechtswirkung fort, so daß dem Richter in Ausschreibung der Ediktstage so lange die Hände gebunden sind, bis die ergriffene Berufung erledigt ist, und überhaupt ein rechtskräftiges Erkenntniß, sey es in Folge ausdrücklichen Verzichtes, oder des unbenützten Ablaufes der Berufungsfrist, oder eines oberst-

richterlichen Ausspruches vorliegt. Was
übrigens das Gesetz hier bei der Berufung
von einem Unter- an ein Appellations-Ge-
richt vorschreibt, gilt wohl unbezweifelt auch
in dem Falle, wenn der Schuldner gegen ein
bestätigendes appellationsgerichtliches Er-
kenntniß den ferneren Rekurs an den ober-
sten Gerichtshof des Reichs zu ergreifen ge-
sonnen ist. Interponirt aber der Schuldner
die Berufung nicht, oder verzichtet er auf
dieselbe, so wird ohne weiters mit Erlassung
der Ediktalien und deren Ausschreibung, dann
Affigirung am Sitze des Gerichtes vorgefahren.
Form und Inhalt eines solchen Konkurs-
Dekretes spricht sich übrigens schon von selbst
aus, so wie es keinem Anstande unterliegt,
daß demselben auch die Entscheidungsgründe
beigefügt werden müssen, die, übrigens in
der Regel ganz kurz seyn können, und ausser
der Allegation des Gesetzes nur auf die erho-
bene, selbst eingestandene, oder höchst wahr-
scheinliche Ueberschuldung und zu befürch-
tende Verlustesgefahr zu bauen sind.

§. 23.

Gerichtsstand des Universalkonkurs-Processes.

Der Gerichtsstand für den Universalkon-
kurs ist übrigens vor demjenigen Gerichte be-

gründet, unter welchem der Schuldner auch sonst seiner Person wegen steht. Das Domicil desselben bestimmt also in der Regel den Gerichtsstand für den Universalkonkurs; nur in dem Falle, wenn notorisch der grössere Theil der Real-Besitzungen eines Schuldners unter einem andern Gerichte liegt, schreibt das Gesetz mit allem Fuge den Gerichtsstand der *gelegenen Sache* (*forum rei sitae*) vor, weil in diesem Falle die Behandlung des ganzen Konkurs-Verfahrens von diesem Gerichte mit ungleich geringern Kosten und viel schneller geschehen kann, als wenn unterdessen die Execution jeder Verfügung über die Aktiv-Masse, sowohl hinsichtlich der Administration während dem Laufe des Processes, als der Veräusserungen, durch Requisitions-Schreiben veranlaßt werden muß. Der Fall kann sehr oft bei begüterten Adelichen eintreten, welche in Staatsdiensten stehen, oder sonst ihr Domicil anderswo, als auf ihren Gütern, z. B. in der Residenz oder einer Kreis-Hauptstadt, aufgeschlagen haben, und wenn so ein Schuldner auch dort vielleicht ein Haus besitzen sollte³⁰⁾.

30) Cod. iud. Cap. XIX. §. 2. no. 1.

§. 24. *Ausdehnung desselben.*

Der Satz: „*Concursus est iudicium universale*“ gilt auch nach baierischem Rechte in seiner vollen Ausdehnung, und zwar sowohl in Bezug auf die *Konkurs-Masse*, als die Verhandlung über den *Prioritäts-Punkt*. Alle Güter eines Schuldners, sie mögen gleich unter noch so verschiedenen Gerichts-Bezirken liegen, bilden diesem Grundsatz zu Folge nur *Eine Masse*. Mögen auch einige Gläubiger auf solche Güter Special-Hypotheken erworben haben, so müssen sie nichts destoweniger ihre Rechte vor dem allgemeinen Konkurs-Gerichte geltend machen, besonders da im Konkurse die Special-Hypotheken unter den allgemeinen verschwinden, und nur das Alter hier den Vorzug giebt³¹⁾. In Bezug auf die Priorität spricht das Gesetz diesen Satz nothwendig in seiner Allgemeinheit aus, weil vor dem Gerichte, welches das Vorzugsrecht einer jeden einzelnen Forderung aussprechen soll, nothwendig darüber verhandelt werden muß. Hinsichtlich des Liquidations-Punktes aber ergeben sich folgende Ausnahmen.

31) Cod. jud. Cap. XX. §. 9. no. 1.

I. Wenn über die Liquidität einer Forderung zwischen dem nunmehrigen Gemeinschuldner und einem Gläubiger noch vor ausgebrochenem Konkurse ein Streit obwaltete, und dieser, gleichviel, ob von dem dermaligen Konkurs- oder einem andern kompetenten Gerichte entschieden und das Urtheil in Rechtskraft übergegangen ist, so kann die Liquidität dieser Forderung vor dem Konkurs-Gerichte in keine weitere Untersuchung mehr gezogen werden. Genug, wenn der Gläubiger sein Urtheil in beweisender Form am Liquidations - Termine producirt, so steht die Liquidität seiner Forderung fest, ohne daß dieselbe mehr angefochten werden kann. Gesah die Verhandlung vor dem nämlichen Richter, vor welchem jetzt der Konkurs anhängig ist, so braucht der Gläubiger sich nur auf die dort liegenden Judicial-Akten zu referiren und hievon nur so viel anzuführen, als den Prioritäts-Punkt betrifft³²⁾. Wurde aber eine solche Verhandlung vor einem andern Gerichte gepflogen, so muß er nicht nur das Erkenntniß, sondern auch die über das Vorzugsrecht seiner Forderungen Aufschluss ge-

32) Cod. jud. Cap. XIX. §. 13. no. 7.

benden Dokumente in beweisender Form innerhalb dem Liquidations Termine beibringen, welches meistens wohl am kürzesten durch Vorlage der Handakten und der in denselben enthaltenen Original-Dokumente geschehen kann ³³⁾).

II. Wenn aber ein solcher Streit noch nicht abgeurtheilt, sondern noch rechtsanhängig ist, so muß

- 1) eine solche Forderung sowohl in *quanto* als *quali* am ersten Ediktstage vor dem Konkurs-Richter gehörig angebracht, und
- 2) der *Prioritäts-Punkt* dort genügend begründet, darüber auch in den folgenden Ediktstagen vollständig verhandelt werden. Was aber
- 3) die Hauptliquidation selbst betrifft, so wird dieselbe bei dem Gerichte, wo sie einmal angefangen worden, fortgesetzt und ausgemacht; jedoch steht
- 4) den übrigen Gläubigern frei, gleichwohl sammt und sonders hiebei zu interveniren, und ihr Interesse dabei zu besorgen ³⁴⁾).

33) Cod. jud. l. c. no. 3.

34) Cod. jud. l. c. no. 4. u. 5.

Uebrigens braucht durch solche Partikular - Streitigkeiten das Erkenntniss in der Hauptsache nicht aufgehalten zu werden; vielmehr wird eine solche Forderung, vorbehaltlich ihrer vollständigen Liquidation, eventuell im Prioritäts-Urtheile an der Stelle vorgemerkt, in welche sie gehört, falls sie durch rechtskräftiges Erkenntniss als liquid ausgesprochen wird ³⁵⁾).

§. 25.

Ediktalladung.

Ist das vom kompetenten Richter ausgesprochene Konkurs - Erkenntniss rechtskräftig, so wird sogleich auch zur Ausschreibung der Ediktstage geschritten, wobei sowohl die *Form* und der *Inhalt* der Ediktalien, als die *Publikation* und *Insinuation* derselben keineswegs gleichgültig, sondern wohl zu beachten ist. Es muss wirklich jedem in den baierischen Gesetzen ganz und gar nicht bewanderten Ausländer auffallen, wenn er in öffentlichen Blättern solche Proklame baierischer Gerichte oft auf derselben Seite in der abstechendsten Form eingerückt liest, indem

³⁵⁾ Cod. jud. l. c. no. 6.

das eine bloß in ein paar Zeilen der Ausschreibung des Liquidations - Termins erwähnt, das andere die drei Ediktstage zusammen ausschreibt, ein drittes vier solcher Termine erwähnt, und ein viertes wohl gar auch die Schuldner der Masse citirt, die Inhaber der Faustpfänder vorladet u. dgl., was nach baierischem Rechte keineswegs nothwendig ist.

§. 26.

Form und Inhalt derselben.

Die Ediktalladung soll in zweckmäßiger Kürze alle wesentlichen Erfordernisse in sich fassen, ohne durch weitläufige Erklärungen oder Erörterungen gleichsam einen Commentar über den Sinn der darinn vorkommenden technischen Ausdrücke zu schreiben. Im *Eingange* wird der Rechtskraft des erlassenen Gant- und Konkurs-Dekretes, oder der selbstigen Insolvenz-Erklärung des Gemeinschuldners erwähnt, dessen *Vor- und Zunamen*, dann *Gewerbe* und *Wohnort* übrigens genau zu bezeichnen ist, hierauf werden die Ediktstage bestimmt angegeben, wobei es, um Schreib- und Druckfehlern vorzubeugen, rathlich ist den *Wochentag* jedesmal zu benennen. Am Schlusse wird das Präjudiz der

Präklusion für die Nichterscheinenden angefügt, worauf nach vorgängigem Datum die gewöhnliche Amtsfertigung und die Unterschrift des Gerichts-Vorstandes, nebst Beidruckung des Amtssiegels folgt. In Fällen, wo auch das Daseyn auswärtiger oder sonst sehr entfernter Gläubiger, z. B. bei Handelsleuten, zu vermuthen ist, wird es gut seyn, ausser der richtigen Benennung des Gerichtssitzes, auch den Kreis beizusetzen, in welchem selbiges liegt.

§. 27.

Festsetzung der Termine.

Hinsichtlich der Termine ist übrigens zu beobachten, daß dieselben nach der Grösse des Konkurses und der Menge der Gläubiger bemessen und darnach länger oder kürzer anberaumt werden müssen. Vier Wochen, oder dreissig Tage von einem Termine bis zum andern, sind die gewöhnlichen Fristen in kleineren Konkursen, während Termine von 14 Tagen, die manche Untergerichte bestimmen, besonders dann unzulänglich sind, wenn das Aerar oder Stiftungen bei denselben betheilig sind, weil da die Akten-Kommunikation an die Kron- und Stiftungs-Fiskale, besonders bei weit entlegenen Gerichten, unmöglich ist,

folglich die nothwendige Vereitelung derselben auf platter Hand liegt. Dafs in Konkursen von gröfserem Umfange, besonders wenn 50, 60 und noch mehrere Gläubiger entweder bereits gerichtlich bekannt sind, oder deren Erscheinen wohl zu vermuthen ist, Fristen von 3, 4 — 6 Monaten für sämtliche Ediktstage vorgesteckt werden können, unterliegt wohl eben so wenig einem Anstande, als dafs die Exceptions- und Conclusions-Termine, wenn dieselben etwa aus Versehen zu kurz anberaumt wurden, in wichtigen Fällen oder bei eintretenden besondern Hindernissen, *auf ausdrückliches Verlangen und mit Einstimmung der Interessenten*, nach richterlichem Ermessen ausgedehnt werden können ³⁶⁾. Jedoch sollen in Konkursen, bei welchen auch Wechsel-Schulden mit unterlaufen, die Termine immer so kurz als möglich anberaumt werden ³⁷⁾.

36) Cod. jud. Cap. XIX. § 4. no. 3. Allg. Reg. Bl. vom J. 1810. St. XXXVII. S. 630. no. 4. Allg. Regier. Bl. v. J. 1812. St. LXIV. S. 1913. ff.

37) Wechselgerichts-Ordn. v. 24sten Nov. 1785. Cap. 11. §. 5. Lit. A. *Meyer's Gen. Samml.* B. III. S. 74.

§ 32. Welche immer *peremptorisch* sind.

Alle Termine im Konkurs-Process sind übrigens durchaus *peremptorisch* und *präklusiv*. Wer an dem anberaumten Ediktstage nicht erscheint (*Präsenz macht*), oder innerhalb dem Laufe des Termins (*terminus utilis*) seine Rechtsnothdurft nicht besorgt, ist damit ohne weiters (*ipso facto*) präkludirt, ohne daß es eines besonderen Antrags der übrigen Gläubiger, oder eines ausdrücklichen Ausspruchs des Gerichts darüber bedürfte. Wer daher am 1ten Ediktstage nicht persönlich oder durch einen Anwalt *Präsenz macht* (eine *schriftliche Präsenz* kann, als mit sich selbst im Widerspruche, nicht genügen), hat alle seine Ansprüche an der Konkurs-Masse verloren; wohingegen das Nichterscheinen am Exceptions- oder Conclusions-Termine nur den Verlust jener Handlung nach sich zieht, welche ihm an demselben zugestanden wäre, so daß es also ein grober Mißgriff mancher Untergerichte bleibt, wenn dieselben gegen Gläubiger, die am 2ten oder 3ten Ediktstage nicht mehr erschienen sind, und etwa ihre Erscheinung gar nicht nöthig war, ohne weiters den Ausschluss von der Konkurs-Masse aussprechen. Wer daher z. B. am 2ten Ediktstage

nicht erscheint, verliert weiter nichts, als das Recht, seine Einreden gegen die Liquidität und Priorität der übrigen Gläubiger anzubringen, und kann nichts destoweniger, wenn er am 3ten Ediktstage die gehörige Präsenz macht, auf die seiner Forderung opponirten Einreden repliciren. Nur wenn er auch an diesem Tage die Präsenz versäumt, hat er auch die Befugniß zu re- und dupliciren verloren. Die Sache ist einleuchtend. Ein Präjudiz darf nie weiter ausgedehnt werden, als es durch das Gesetz geboten ist.

§. 29.
Unterschied zwischen Ediktstag.

Ueberhaupt finde ich hier nöthig, den so wesentlichen, von Gerichten und Anwälten aber so häufig unbeachteten Unterschied zwischen *Edikts-Tag* (*dies edictalis*) und *Edikts-Termin* (*terminus utilis*) näher zu bezeichnen. Am *Ediktstage* muß jeder Gläubiger unter Strafe der Präklusion persönlich oder durch einen genugsam bevollmächtigten Anwalt erscheinen, was in der Geschäfts-Sprache *Präsenz machen* heißt. Der Richter hält über diesen Akt ein eigenes Protokoll (*Präsenz-Protokoll*), worinn sämmtlich erschienene Gläubiger nebst ihren Anwälten namentlich

vorgetragen und ihre Unterschriften beigefügt werden. Erscheint statt dem Gläubiger nur sein Anwalt, so muß jener, und wenn er, was oft geschieht, mehrere Kreditoren vertritt, jeder derselben namentlich angeführt und genau bezeichnet werden, indem die Präsenz eines Anwaltes nur für jene Gläubiger gilt, welche im Präsenz-Protokolle namentlich vorgetragen sind. Dafs hiebei dem Richter sowohl, als den Anwälten, die größte Genauigkeit zu empfehlen sey, bedarf wohl keiner besondern Bemerkung; nur die Erinnerung finde ich hier nicht am unrichtigen Orte, dafs in diesem Protokolle allerdings persönlich anwesende Gläubiger, um ihre fernere Erscheinung fortan unnöthig zu machen, ihre Anwälde gleich zur ganzen Konkurs-Verhandlung bevollmächtigen (*ad acta constituiren*) können, wodurch sie der Ausstellung einer besondern Vollmacht enthoben sind.

Der Gläubiger nun, welcher am 1sten Ediktstage nicht Präsenz macht, ist von der vorliegenden Konkurs-Masse ausgeschlossen. Wer hingegen am 2ten oder 3ten Ediktstage nicht Präsenz macht, verliert nur seine Exceptions-Re- oder Dupliks-Handlung. Die Nothwendigkeit des Präsenz-Protokolls an

jedem Ediktstage, als Basis der Verhandlung eines jeden Gläubigers, spricht sich dadurch von selbst aus, besonders in größern und weitschichtigen Konkursen, wo das Produktions- und Liquidations-Verfahren oft mehrere Tage, selbst Wochen erheischt, und es beim Mangel eines Präsenz-Protokolls sehr leicht möglich wäre, daß ein Gläubiger, der schon das Präjudiz der Präklusion verwirkt hat, sich doch noch zur Liquidation und den übrigen Verhandlungen einschleichen, oder durch einen gewandten Anwalt gleichsam eingeschwärzt werden könnte³⁸⁾.

§. 30.

Unterschied zwischen Edikts-Termin.

Dieser (in der Praxis *terminus utilis* genannt) dauert von einem Ediktstage bis zum andern. Während demselben und bis zum Schlusse des letzten Tages können die Gläubiger und ihre Anwälde produciren und liquidiren, ihre Einreden, dann Re- und Dupliken anbringen. Da, wie wir später sehen

38) Cod. jud. Cap. XIX. §. 5. no. 1. A. G. S. v. 1771. p. 36. Meyer's Gener. Samml. II. B. p. 24. Allgem. Reg. Bl. v. J. 1812. St. LXIV. S. 1914 — 15.

werden, alle sowohl zum Beweise der Richtigkeit einer Forderung, als zur Begründung ihrer Priorität nöthigen Behelfe im Liquidations-Termine sammt und sonders unter Strafe der Präklusion beigebracht, und eben so auch die etwaigen Beweise der Einreden während dem Exceptions-Termine unter dem nämlichen Präjudiz sogleich hergestellt, die allenfallsigen Urkunden in beweisender Form producirt, die Weisungssätze etc. übergeben werden müssen, so liegt es in der Natur der Sache, daß hiezu ein genügender Termin anberaumt werde. Da es allerdings Fälle giebt, wo der Anwalt von seinem abwesenden Klienten erst durch zeitraubende Correspondenz die erforderlichen Behelfe erhalten kann, so ist es nur Forderung des strengen Rechtes, daß es jedem Liquidanten frei stehen muß, seinen Liquidations-Recess auch noch am letzten Tage des Liquidations-Termins zu Protokoll zu geben, oder schriftlich einzulegen. Allein gegen den Mißbrauch dieses Rechts sind theils in der neuverbesserten Advokaten-Ordnung v. J. 1769, theils in der allerhöchsten Verordnung vom 23sten Okt. 1801 ³⁹⁾ die

39) Allg. General. Samml. v. J. 1771. p. 36. N.
Meyer's Gen. Samml. II. B. p. 24.

gemessensten Vorschriften gegeben, und die Gerichts-Behörden in der jüngsten allerhöchsten Verordnung vom 14ten Nov. 1812⁴⁰⁾ wiederholt ernstlichst angewiesen, auf der *kontinuïrenden Verhandlung* zu beharren, somit der Indolenz oder Willkühr der Partheien und ihrer Anwölde kräftigst entgegen zu wirken, worüber später noch das Nähere an seinem Orte bemerkt werden wird. Die Nichteinhaltung dieser Ordnung zieht jedoch keineswegs, wie man glauben möchte, die Strafe der Präklusion, sondern nur eine *Ordnungs-Strafe von 2 Thalern* gegen den säumigen Anwald nach sich. Gerichte, welche mit Ernst und ohne Rücksicht diese Verordnung einhalten, werden gewiss nie über eigenmächtige Willkühr der Anwölde zu klagen haben.

§. 31.

Bekanntmachung der Ladung.

Die Ediktalladung muß denen, welche Interesse dabei haben, gehörig bekannt gemacht werden. Schon das strenge Contumacial-Präjudiz des Ausschlusses von der Gant-Masse erheischt nothwendig die gehörige In-

40) Allg. Reg. Bl. v. J. 1812. St. LXIV. S. 1915.

sinnation der Ladung an jeden Gläubiger des Gemeinschuldners, und es ist Sache des Richters, die Beweise der richtig geschehenen Ladung derselben zu den Acten zu bringen, wenn er nicht ausserdem wenigstens partikuläre Nullitäts-Klagen in Bezug auf die Forderungen jener Gläubiger veranlassen will, deren gehörig geschehene Ladung nicht aktenmässig hergestellt ist.

In Bezug auf die *Art der Ladung* unterscheidet das Gesetz sehr richtig zwischen *bekannten* und *unbekannten Gläubigern*. Zu den erstern zählt dasselbe alle diejenigen, welche dem Gerichte theils durch angebrachte Schuldklagen oder die selbstige Angabe des Gemeinschuldners, theils aus den Schuld-Protokollen und Hypothekenbüchern bekannt sind. Diese befiehlt das Gesetz durch Cirkular-Patente namentlich vorzuladen, und es liegt in der Natur der Sache, daß die Unterlassung dieser Ladung eines gerichtlich bekannten Gläubigers ein zureichender Grund zur Nichtigkeits-Beschwerde für denselben ist.

Daß die königl. Rentämter in jedem Falle besonders vorgeladen und als gerichtlich bekannte Gläubiger angesehen werden müssen, ist wohl nicht zu bezweifeln, weil jeder Unterthan an den Staat Abgaben zu entrichten

hat. Dasselbe gilt auch von Verwaltern milder Stiftungen, wenn z. B. der grundherrliche Verband eines Gantgutes aus den Akten erhellt.

Da jedoch obärrirte Schuldner gewöhnlich nicht alle ihre Gläubiger namhaft machen, so gebietet das Gesetz in jedem Falle auch die *öffentliche Ladung* aller etwa unbekannten Gläubiger, wobei aber, so wie mit den Subhastations - Patenten, theils ohne Zweck, theils zum grossen Nachtheil mancher oft ohnehin höchst unbedeutender Massen, mit der *Einrückung* in Zeitungen und andere öffentliche Blätter oft der grösste Mißbrauch getrieben wird⁴¹⁾, so bestimmt sich auch das Gesetz darüber ausspricht⁴²⁾. Dieses befiehlt nämlich nur die *öffentliche Anschlagung bei Gericht* in jedem Falle; die Versendung der Proklame an ausländische Orte aber nur dann, wenn der Schuldner etwa mit fremden Kaufleuten oder andern Ausländern Verkehr und Handlung getrieben hat. Ich glaube daher folgende Fälle hier auszeichnen zu können:

- 1) wenn ein Söldner oder Bauer der Gant und dem Konkurs - Processe unterliegt,

41) Conf. *Miltner's* Gantprocess S. 159. Not. g. und S. 231. Not. p.

42) Cod. jud. Cap. XIX. §. 4. nr. 1.

von dem nicht im mindesten abzusehen ist, daß er in irgend einen Verkehr ausser dem Bezirke seines Gerichts mit Jemanden gestanden ist, so genügt es, wenn die Edictalladung lediglich *ad valvas judici* affigirt, oder, wo am Sitze des Amtes ein Local-Intelligenzblatt existirt, zugleich auch in dasselbe eingerückt wird. Ist aber 2) der Vergantete ein Krämer, Wirth, Metzger, oder treibt er sonst ein Gewerbe in einer Stadt, welches mehreren oder mindern Verkehr mit Benachbarten voraussetzt, so kann das Proclam theils an die benachbarten Landgerichte zur Affigirung mitgetheilt, theils, nebst der Einrückung in das Local- auch die Bekanntmachung durch das Kreis-Intelligenzblatt geschehen. Nur wenn

3) der Besitzer einer beträchtlichen Handlung oder eines solchen Gewerbes, welches Verbindungen mit dem Auslande nothwendig voraussetzt, der Vergantung unterliegt, kann die Einrückung in Zeitungen und andere öffentliche Blätter als nothwendig erachtet werden, oder überhaupt nur einen Zweck haben. Daß auch hier die Wahl der Zeitungen und öffentlichen Blätter nicht gleichgültig ist, versteht sich

wohl von selbst, so wie dafs nach Umständen selbst die Ladung in fremden Sprachen unvermeidlich seye, wenn z. B. aus der selbstigen Angabe des Schuldners oder aus dessen Büchern erhellt, dafs er in Frankreich, Engelland u. s. w. Handlungsverbindungen gehabt habe.

Uebrigens ist es klar, dafs es ja nicht in der Willkühr des Richters steht, die Edictal-Ladung zu erlassen, wann es ihm beliebt. Ich habe defshalb bereits oben über das präparatorische Verfahren sowohl, als das Berufungsfatale (§. 17 — 26.) das Erforderliche ausgeführt, worauf ich mich auch hier wieder beziehe. Dafs auch der *Gemeinschuldner* oder, falls dieser nicht mehr am Leben ist, seine Erben, wenn ihr Aufenthalt bekannt ist, unter Augen oder bei seinem häuslichen Anwesen vorgeladen werden müssen, ist im Gesetze bestimmt ausgesprochen ⁴³⁾, so wie sich's von selbst versteht, dafs, wenn der Aufenthalt des Gemeinschuldners oder seiner Erben unbekannt ist, oder durch ein auswärtiges Gericht die Insinuation

⁴³⁾ Cod. jud. Cap. XIX. §. 4. no. 4. u. Cap. V. §. 8.

der Ladung an denselben verweigert wird, die Edictalladung eintreten müsse⁴⁴⁾).

§. 32.

Herstellung des Inventars.

Ist der Universal-Konkurs einmal rechtskräftig ausgesprochen, so ist es die erste Obliegenheit des Richters für die Herstellung des Inventars über die Aktiv-Masse zu sorgen. Denn da dem Schuldner durch das Gant-Erkenntniß die Disposition über sein bisheriges Vermögen definitiv entzogen, und dasselbe von nun an Gemein-Eigenthum sämmtlicher Gläubiger wird, und, was freilich, besonders bei kleinern Konkursen, nicht immer geschieht, der Gemeinschuldner sogleich aus dem Besitze seines bisherigen Vermögens gesetzt werden soll⁴⁵⁾, so spricht sich die Nothwendigkeit von selbst aus, über das gesammte Vermögen desselben ein ordentliches Inventarium zu verfertigen und, wenigstens provi-

44) Cod. jud. Cap. V. §. 3. u. 8. nr. 4.

45) v. G ö n n e r's Handb. d. gem. deutsch. Proc. B. IV. Abh. LXXXII. §. 25. 26. u. 33. und Cod. jud. Cap. XIX. §. 17. no. 1.

visorisch, sogleich einen Masse-Curator zu bestellen.

Dafs zur Herstellung des Inventars in der Regel wenigstens einige der vorzüglichsten Gläubiger beigezogen oder doch adcitirt werden müssen, versteht sich von selbst, so wie es diesen frei steht, zur Ersparung der Kosten den vom Richter provisorisch gewählten oder von ihnen vorgeschlagenen Masse-Kurator zu diesem Ende zu bevollmächtigen. —

Dafs das Inventar *alles bisherige Vermögen* des Gemeinschuldners, liegendes und fahrendes, allenfallsige Aktiven und Ansprüche jeder Art enthalten müsse, bedarf kaum einer Erinnerung, weil *Vollständigkeit* desselben der erste Zweck seyn muß. Die Form desselben hängt grösstentheils von der Art des zu inventarisirenden Vermögens ab, und so wenig ich *Steingruber's* hierüber aufgestellten Theorie ⁴⁶⁾, die auch *Miltner* als sehr vorzüglich empfiehlt, sehr grossen Scharfsinn absprechen will, so kann ich doch nicht umhin, hiebei die durch vielfache Erfahrung bestätigte Bemerkung zu machen, dafs

46) Ueber den Wirkungskreis eines Landgerichts etc. Landshut 1814. Bd. II. Kap. VI. u. VII.

wenigstens bei simplen Bauerngütern mit der Schätzung Oekonomieverständiger Männer ein weit sichereres Resultat zu erhalten ist, als durch künstliche Kalkul's, von denen der Bauer durchaus keinen hellen Begriff hat, und die noch dazu immer auf den individuellen ökonomischen Kenntnissen und Ansichten des Schätzmannes beruhen, der selten oder gar nie mit abstrakten Begriffen sich vertraut machen wird; wo es hingegen viele Bauern gibt, die sich durch mehrjährige Uebung ein so richtiges Augenmaafs erworben haben, daß sie den Flächeninhalt eines Grundstücks mit eben so grosser Genauigkeit anzugeben, als den landläufigen Werth desselben, mit genauer Berücksichtigung der Steuern, dann der darauf etwa lastenden Lehen- oder anderer Dominial-Prästationen zu bestimmen im Stande sind; und dieser ist es denn doch, welcher dem zu erlösenden Kaufspreise höchst wahrscheinlich am nächsten kömmt, folglich auch den wahren Betrag der Aktiv-Masse am zuverlässigsten ausspricht. Uebrigens finde ich hiebei noch die Bemerkung für nöthig, daß einem obärrten Schuldner nie gar alles genommen, folglich auch nicht in die Vermögensbeschreibung aufgenommen werde. So hat z. B. gegen Kindbetterinnen, Kranke oder

preßhafte Personen die Execution nie auf Betten, Leinwand und die nothdürftigsten Geräthschaften Platz. Jedem Schuldner muß immer die nothdürftige Kleidung, einer Familie das nöthige Haus- und Küchengeräthe u. dgl. belassen werden ⁴⁷⁾, so wie den in Baiern bestehenden Gesetzen zu Folge, eine Gerechtigkeit gleichfalls nie in eine Konkurs-Masse gezogen werden darf ⁴⁸⁾.

§. 33.

Verhandlungen am ersten Ediktstage.

Sind einmal die Ediktalien nach rechtskräftig gewordenem Gant-Erkenntnisse erlassen, ist der Citations-Punkt im Reinen, worüber ganz natürlich der Richter durch die zu den Akten gebrachten Insinuations-Dokumente sich auf der Stelle die erforderliche Ueberzeugung verschaffen muß; so beginnen nun mit der gewöhnlichen Gerichtszeit die Verhandlungen selbst. Um darüber das erforderliche Licht und die nöthige Umsicht zu verbreiten, glaube ich am besten zu thun,

47) Cod. jud. Cap. XVIII. §. 4. no. 1. 2. 3.

48) Verordn. v. 1sten Dec. 1804. no. 9. Reg. Bl. v. J. 1805. St. I. S. 45.

wenn ich die Thätigkeit des Richters sowohl, als der Gläubiger oder ihrer Anwälde hiebei umständlich angebe.

§. 34.

Thätigkeit des Richters.

Ich habe oben schon (§. 29. u. 30.) den wesentlichen Unterschied zwischen Ediktstag und Ediktstermin angegeben. Die Verhandlung am ersten Ediktstage ist gewissermaßen die Basis für die Verhandlungen des ganzen Liquidations-Termins, und für diesen sowohl als die übrigen Ediktstage tritt das Präjudiz der Präklusion im Falle des Nichterscheinens eines Gläubigers mit aller Strenge ein (§. 6. Nro. V. und §. 28.). Wer daher am ersten Ediktstage nicht erscheint, hat Kraft des Gesetzes alle Ansprüche an die dermalige Konkurs-Masse verloren. Ohne eines Präklusions-Antrages der übrigen Gläubiger, ja selbst eines ausdrücklichen Erkenntnisses darüber zu bedürfen, knüpft das Gesetz schon an das Nichterscheinen eines gehörig vorgeladenen Gläubigers das Präjudiz des Ausschlusses von der vorliegenden Gant-Masse. Sehr unrichtig, jedoch nicht selten, ist die Meinung, als ob die Präklusion eines Gläubigers von einer Gant-Masse den Verlust jedes An-

spruchs an seinen Schuldner nach sich zöge, da doch die Wirkung nie gröfser als die Ursache seyn darf, und die ganze Verhandlung nur den dermaligen Betrag der Aktiv-Masse umfaßt ⁴⁹⁾).

Das Factum der Erscheinung eines Gläubigers am ersten Ediktstage, wie es oben §. 28. bestimmt wurde, ist also wichtig und folgenreich genug, dafs selbiges legal constatiert werden mufs. — Die Thätigkeit des Richters beginnt daher mit dem *Präsenz-Protokolle*.

Zweck und Inhalt desselben spricht schon der Wortsinn aus. Es enthält

- a) Die Namen der persönlich erschienenen Gläubiger, welche durch ihre eigenhändige Unterschrift ihre Anwesenheit constatiren.

Da es öfters geschieht, dafs einige Gläubiger ihre Vertretung Anwälden übertragen, so ist es allerdings zulässig, dafs dieselben letztere gleich in diesem Protokolle *ad acta* constituiren, in welchem Falle, zum Beweise der Annahme des Auftrags, Anwald und Voll-

49) Man vergl. *D a b e l o w* etc. Kap. XIX. S. 522. ff. v. *G ö n n e r's* Entwurf etc. Buch III. Kap. 9. §. 12. u. Desselb. Hdb. B. IV. Abh. 82. §. 31.

machtgeber das Protokoll unterzeichnen müssen.

b) Erscheint der Anwalt ohne seinen Klienten, jedoch mit ausdrücklicher oder vermutheter Vollmacht, so genügt es keineswegs, wenn er blos seinen Namen zu Protokoll giebt. Er muß seinen Klienten, und wenn deren mehrere sind, alle namentlich vortragen und genau bezeichnen, so daß keine Verwechselung oder Verwirrung möglich ist. —

Die Einlegung der Vollmachten zu diesem Protokolle ist jedoch nicht nöthig; deren Vorlage macht vielmehr den formellen Theil des Liquidations-Recesses selbst aus.

Neben dem Präsenz-Protokolle eröffnet der Richter zugleich auch das *Liquidations-Protokoll*. Den Inhalt desselben bestimmen lediglich die Rezesse und Anträge der Partheien; der Richter hat dabei nur für die erforderliche Ordnung und möglichste Kürze zu sorgen.

Da der Konkurs-Proceß überhaupt *summarissime* zu Protokoll verhandelt werden muß, und eben wegen der Menge der besondern Processe in Bezug auf die Priorität die strengste Ordnung höchst nöthig ist, so folgt hieraus von selbst, daß

- 1) den Gläubigern und ihren Anwälden keine unnöthige Weitläufigkeit gestattet werden darf. Jede Forderung soll so kurz als möglich zu Protokoll diktirt werden. Die Einlegung schriftlicher statt mündlicher Recesse ist daher in der Regel ohne Noth nicht zu gestatten. Geschieht es dennoch, so soll nichts desto weniger im Liquidations-Protokolle die Forderung selbst mit dem Betrage an Hauptsache und Zinsen bestimmt ausgedrückt werden.
- 2) Um die erforderliche Ordnung, besonders in grossen Konkursen, zu erhalten, und dem Richter sowohl als den Anwälden die Uebersicht des Ganzen möglichst zu erleichtern, ist es nicht nur sehr gut und zweckmässig, sondern durch die oben (§. 30.) angezeigten Verordnungen sogar vorgeschrieben, dass die Nummern des Präsenz-Protokolls zugleich für das Liquidations-Protokoll auch beibehalten, mithin die Gläubiger und ihre Anwälde angewiesen werden, ihre Liquidations-Recesse in der nämlichen Ordnung zum Liquidations-Protokolle zu geben, in welcher dieselben im Präsenz-Protokolle vorgetragen sind.

- 3) Die Beilagen der Liquidations-Recesse, sie mögen nun in Ur- oder Abschriften zu den Akten gelegt werden, müssen jedesmal
- a) in einen besondern Faszikel gesammelt,
 - b) in den Recessen mit Buchstaben oder Ziffern bezeichnet, und
 - c) dieselben Buchstaben oder Ziffern auch von der Hand des Richters oder Aktuars auf die produzierten und zu den Akten übergebenen Belege selbst geschrieben werden.

Die von einigen Gerichten angenommene tabellarische Form der Liquidations-Protokolle wird immer, besonders in grössern Konkursen, der Deutlichkeit schaden. In jedem Falle ist aber eine schöne leserliche Hand des Aktuars recht sehr zu wünschen, woran es leider! bei so vielen Gerichten fehlt. Uebrigens versteht sich's ohnehin von selbst, daß

- d) die Verhandlungen, wenn wegen Menge der Gläubiger ein Tag nicht zureicht, die folgenden Tage so lange fortgesetzt werden können und müssen, bis alle jene Gläubiger, welche im Präsenz-Protokolle aufgeführt sind, ihre Liquidations-Recesse zu Protokoll gegeben haben.

Die Continuität dieser Verhandlung spricht sich hiedurch von selbst aus, und es

bedarf kaum einer besondern Erwähnung, daß jene Gerichte nur sträflichen Mißbrauch begünstigen, welche Anwälden, nach gemachter Präsenz, die Beibringung oder Nachtragung ihrer schriftlichen Liquidations-Recesse nach Lust und Laune gestatten. Denn abgesehen davon, daß das Gesetz das Einlegen schriftlicher Recesse nur ausnahmsweise gestattet, bleibt es immer ein großer Mißbrauch, wenn Anwälde, bloß um Präsenz zu machen, auf Kosten ihrer Klienten eine Spazierfahrt machen, und statt ihre Recesse sogleich zu Protokoll zu dictiren, selbige erst zu gelegener Zeit nachsenden, wodurch nicht nur den Partheien doppelte Kosten verursacht, sondern auch in Fällen, wo der Kron- Finanz- oder Stiftungs-Fiskus betheiligt ist, die nothwendige Kommunikation der Akten an die Fiskal-Beamten verhindert wird, wodurch, besonders in größern Konkursen, oft Zeit- und Kosten raubende Zögerungen veranlaßt werden, deren Beseitigung von Amtswegen dem Richter zusteht und obliegt. Hierdurch ist jedoch keineswegs gesagt, daß einem Richter die Befugniss zustehe, Partheien oder Anwälde zu übereilen, oder ihnen Unmöglichkeiten zuzumuthen. Nur der Indolenz, der Gewinnsucht und der Willkühr der An-

wälde will das Gesetz gesteuert wissen. Wer nachzuweisen vermag, daß er ohne seine Schuld die erforderlichen Dokumente oder andere Behelfe nicht beibringen kann, dem muß der vorgesezte Termin auch bis zur letzten Stunde offen belassen werden.

§. 35.

Thätigkeit der Gläubiger und ihrer Anwälde.

A. *In Bezug auf die Legitimation.*

So wenig, wie aus dem Vorhergehenden erhellt, der Richter im Grunde am ersten Ediktstage zu thun hat, so wichtig ist dagegen das Amt des Anwaldes, der hiebei lediglich nichts versehen darf, wenn er nicht die Forderung seines Klienten der Verlustes-Gefahr und sich selbst einer Regrefsklage aussetzen will.

Da alles, was der Anwald zu beobachten hat, auch dem Gläubiger, der seine Sache selbst vertritt, mit einziger Ausnahme des Bevollmächtigungs-Punktes zum Processe obliegt, so will ich nur, was jener zu thun und zu beobachten hat, umständlich hier anführen, und sende zu dem Ende vor allem die wesentlichsten Grundsätze aus dem Gesetze selbst voraus, welche dessen Obliegenheiten aussprechen. Diese sind

A. *in Bezug auf den Legitimations-
Punkt:*

„Wer sich beim Konkurse nicht in eigener,
„sondern in fremder Sache meldet, muß
„sich unter Strafe der Präklusion genügend
„legitimiren“ ⁵⁰⁾.

B. *In Hinsicht auf den Beweis der
Forderung:*

„Alles, was zum Beweis der Liquidität ei-
„ner Forderung sowohl, als des Vorzugs-
„rechtes derselben nöthig ist, muß unter
„Präklusions-Strafe am ersten Ediktstage
„angebracht werden“ ⁵¹⁾.

§. 36.

Legitimation überhaupt.

In Bezug auf die Legitimation glaube ich hier vor allem bemerken zu müssen, daß die Sprache unsers Gesetzbuches in der Hinsicht mit der, meines Erachtens richtigern, der neuesten Rechtslehrer nicht übereinstimmt. Um daher einer Verwirrung der Begriffe vorzubeugen, glaube ich dieselben vorerst näher bestimmen zu müssen.

50) Cod. jud. Cap. XIX. §. 8.

51) Cod. jud. l. c. §. 10. u. 11.

Gönnner ⁵²⁾ unterscheidet mit Grunde drei Arten, nämlich:

- 1) die *Legitimation zum Processe*, wenn Jemand seine Zulässigkeit darthun will, welcher bei einem Rechtsstreite in fremdem Namen vor Gericht auftritt;
- 2) die *Legitimation zur Sache*, wenn die Zulässigkeit derjenigen, welche bei einem Processe in eigenem Namen auftreten, dargethan, wenn gezeigt wird, daß sie die rechtmäßigen und wahren Widersacher über den Streitgegenstand sind, welche sich dann wieder in die *aktive* und *passive* eintheilt; dann
- 3) die *Legitimation zur Praxis*, wenn Jemand darthun will, daß er befugt sey, einen Auftrag zu gerichtlichen Handlungen zu übernehmen und zu vollziehen.

Unser Gesetzbuch heißt die erste Art (Legitimation zur Sache) *legitimatio personae*, die zweite aber (Legitimation zum Processe) *legitimatio ad causam* ⁵³⁾.

52) Hdb. d. gem. deutsch. Proc. Th. I. Abh. XV. S. 328.

53) Cod. jud. Cap. VII. §. 1. in not. lit. d.

Ich glaube wohl zu thun, wenn ich, da die Sache nicht dabei verändert wird, die richtigere Benennung der neuesten Rechtslehrer beibehalte, weil nach der gegebenen Erläuterung keine Verwirrung der Begriffe mehr zu besorgen ist.

§. 37.

Legitimation zum Prozesse.

a) *Der Anwölde.*

Wer immer im Konkurse nicht in eigener, sondern *in fremder Sache* auftritt, muß sich am ersten Ediktstage, unter Strafe der Präklusion, genügend legitimiren. — Es müssen daher

1) Anwölde darauf bedacht seyn, eine rechtsgenügende Vollmacht zu den Akten zu bringen. Die Erfordernisse derselben sind im 7ten Kapitel §. 5. bestimmt vorgezeichnet, welche auch, um nicht gegründeten Einreden Raum zu geben, und, wo nicht die Präklusion zu incurriren, doch die gerügten Defecte ersetzen zu müssen, genau zu beobachten sind. — Nach der Natur der Sache und der Vorschrift des Gesetzes muß nun

2) jede Vollmacht nicht nur den Namen des Vollmachtgebers und des Gegentheiles,

sondern auch die Streitsache selbst, nebst dem Gerichte, wo sie bereits anhängig ist, oder erst angebracht werden soll, dann Ort und Zeit der Ausstellung mit Anführung des Jahres, Monats und Tages enthalten.

3) Hinsichtlich der Art der Fertigung einer *Vollmacht* muß man wohl unterscheiden

α) zwischen gemeinen und unsiegelmäßigen,

β) siegelmäßigen Personen, und

γ) Ausländern.

ad α. Gemeine und unsiegelmäßige Personen müssen ihre Vollmachten jedesmal gerichtlich fertigen lassen.

Das ein eigenes Protokoll darüber aufgenommen und darnach die Vollmachts-Urkunde ausgefertigt werde, ist keineswegs nothwendig, sondern es genügt, wenn der Vollmachtgeber die in der zur gerichtlichen Fertigung vorgelegten Urkunde enthaltene Unterschrift und Fertigung als die seinige vom Gericht anerkennt und dieses dasselbe attestirt. —

ad β. Siegelmäßige Personen hingegen, unter welchen das Gesetz⁵⁴⁾ alle Adelige, graduirte und höhere Staatsbe-

54) Cod. jud. Cap. XX. §. 9. no. 7.

amte, bis zum Kollegial-Sekretär einschläßig, versteht, können ihre Vollmachten, so wie andere Urkunden, unter ihrer eigenen Unterschrift und Beidrückung ihres Siegels gültig ausstellen.

Ich finde die Bemerkung hier nicht am unrechten Orte, daß sich dieser Vorzug der Selbstverfertigung einer Vollmachts-Urkunde ausschliessend nur auf die altbaierischen Siegelmäßigen, mithin keineswegs auch auf die Neubaiern in jenen Gebietstheilen erstrecke, für welche der Judiziar-Kodex als allgemein gültiges Gesetz vorgeschrieben ist. Denn obgleich die frühern Verordnungen in dieser Hinsicht auch den Adelichen, Graduirten u. dgl. in den neuerworbenen Gebietstheilen dieselben Privilegien, wie den Siegelmäßigen in Altbaiern zu ertheilen scheinen⁵⁵⁾, so kann doch der §. 3. der jüngsten Verordnung vom 4. Oct. 1810⁵⁶⁾ lediglich keinen Zweifel mehr übrig

55) Mandat v. 11ten Febr. 1805. Reg. Bl. S. 321.
Mandat v. 2ten Mai 1806. RBl. S. 175. Mandat vom 14ten Aug. 1806. das. S. 305 — 307.
Mandat vom 4ten Mai 1807. S. 915 — 920.

56) Mandat v. 4ten Oct. 1810. Regier. Bl. St. Ll. S. 873.

lassen, daß die Gesetze das ohnehin schon eventuell aufgehobene Privilegium der Siegelmäfsigkeit⁵⁷⁾ nur auf Altbaiern beschränkt wissen wollen.

Was dagegen mystische Personen, Gemeinden, betrifft, so werden diese bei ganz veränderten Verhältnissen immer wohl thun, ihre Vollmachten gerichtlich fertigen zu lassen, und darauf bedacht seyn, auch den erforderlichen Streits-Konsens von der Kreis-Administration, jetzt der Regierung, beizubringen⁵⁸⁾, was auch Pfarrer und Beneficiaten, denen die Vertretung ihrer Foundations-Kapitalien oder anderer Foundations-Rechte überlassen ist, obliegt⁵⁹⁾.

ad γ. *Ausländer* müssen in jedem Falle gerichtliche Vollmachten beibringen. Sind dieselben von einem Notar legalisirt, so muß das zuständige Gericht wenigstens bezeugen, daß der adhibirte Notar ordentlich recipirt sey und die in Frage stehende Handlung gültig habe vornehmen können.

57) Mandat v. 20ten April 1808. Reg. Bl. v. Jahr 1809. S. 115 — 118.

58) Reg. Bl. v. J. 1808. St. LXX. S. 2816. §. XII.

59) Reg. Bl. v. J. 1808. St. LXX. S. 2817. §. XV.

Zur völligen Sicherheit indessen, besonders wo wegen weiter Entfernung über die Richtigkeit solcher Zeugnisse noch Bedenken entstehen könnten, sollen die Partheien die Bestätigung der höhern Landesstellen, oder auch, nach Beschaffenheit der Umstände, der königl. akkreditirten Gesandtschaften beizubringen trachten ⁶⁰⁾. Dafs ein bloßes Blanquet (*Charta bianca*) eben so wenig als ein Brief, selbst bei Siegelmäßigen, nicht genüge, bedarf nach diesen Prämissen wohl keiner weiteren Erinnerung.

§. 38.

b) *Der Vormünder und Kuratoren.*

Diese bedürfen, wenn sie beim nämlichen Gerichte, vor welchem der Konkurs verhandelt wird, als solche bestellt sind, keiner besondern Legitimation; jedoch wird es immer wenigstens räthlich seyn, dieses Umstandes im Eingange ihres Recesses zu erwähnen. Sind sie aber von einem andern Gerichte als Vormünder oder Kuratoren aufgestellt, so müssen sie ebenfalls unter Strafe der Präklusion ihr Tutorium oder Curatorium in legaler

60) Verordn. v. 19ten April 1805. Reg. Bl. v. J. 1805. St. XVIII. S. 553.

Form beibringen. Dafs dessen Vorlage auch dann nöthig ist, wenn sie die Vertretung ihrer Pupillen oder Kuranden einem Anwalde übertragen wollen, bedarf wohl keiner Erinnerung.

Wichtiger ist die Frage, wie lange ein solches Tutorium daure, und wann die Funktion des Vormundes als erloschen anzunehmen seye? Sehr oft wird nemlich solchen Vormündern, wenn aus den Akten erhellt, dafs alle, oder doch einige ihrer Pupillen bereits majorenn seyen, die Einrede des Mangels der Legitimation, wegen schon geendigter Vormundschaft entgegensetzt, und auf deren Grund, die Präklusion derjenigen Forderungen verlangt, die den inzwischen majorenn gewordenen ehemaligen Pupillen gehören.

Allein diese Einrede beruht auf der durchaus unrichtigen Ansicht, als ob die Vormundschaft mit dem Momente der erlangten Volljährigkeit erlösche, was keineswegs der Fall ist. Denn da nach unserm bürgerlichen Gesetzbuche ⁶¹⁾ Niemand von der Vormundschaft eigenwillig abstehen darf, sondern der

61) Cod. civ. P. I. Cap. VII. §. 22. nro. 3. not. Viertens etc. etc.

Vormund vielmehr so lange, bis er ordentliche Rechnung gelegt, und sein Absolutorium erhalten hat, noch allzeit *in nexu* und Verantwortung bleibt, so kann die Vormundschaft nur dann als beendigt angenommen werden, wenn der Vormund Rechnung gelegt hat, und seiner Pflichten förmlich entlassen worden ist. Geschah dieß bei mehreren Pupillen für Einen, oder Einige derselben, nach ihrer inzwischen erlangten Majorennität, so kann es keinem Anstande unterliegen, daß in diesem Falle dem Vormund mit allem Rechte der Mangel der Legitimation opponirt werden kann; nur muß der Excipient die geschehene Rechnungs-Ablage und legale Entlassung, als ein von ihm asserirtes Factum, im Exceptions-Termine nachweisen, in welchem Falle allerdings die Antheile solcher Majorennen an einer auch gemeinschaftlichen Forderung präcludirt werden müssen, wenn sie ihren ehemaligen Vormund nicht besonders auch für sich bevollmächtigt haben.

§. 39.
c) *Der Verwalter, Geschäftsgesellschafter (Socii),
Handelshäuser.*

*Herrschaftliche Guts- (ehemals Hofmarks-
Verwalter, oder Herrschafts- und Ortsrichter,*

in ihrer Eigenschaft als Patrimonial-Stiftungs-Administratoren, bedürfen in Fällen, wo sie Kraft ihres Amtes eine herrschaftliche Rente oder Forderungen der ihrer Verwaltung anvertrauten Stiftungen liquidiren, wenn sie in diesen ihren Eigenschaften bei dem Konkurs-Gerichte judiciell bekannt sind, keiner weitem Vollmacht. Ist dieß aber nicht der Fall, und wird von einem Gläubiger der Mangel genügender Bevollmächtigung ausdrücklich gerügt, so haben dieselben das Ratifikatorium am dritten Ediktstage unter Strafe der Präklusion nachzutragen ⁶²⁾).

Dasselbe muß auch von den Verwaltern isolirter Stiftungen, so wie von Pfarrern, Beneficiaten etc. angenommen werden, welchen den bestehenden Gesetzen zu Folge die selbstige Vertretung oder Aufstellung besonderer Anwälde übertragen ist ⁶³⁾. Der Beibringung des Konsenses zum Streite wurde schon oben (§. 37. ad γ.) erwähnt.

62) Verordn. v. 1sten Sept. 1794. *Meyer's Gen. Samml.* Bd. V. pag. 34.

63) Verordn. vom 6ten Dec. 1808. *Regier. Blatt* v. Jahr 1808. St. LXX. S. 2816. et 2817, §. XI. XII. et XV.

Dafs auch *Socii*, wenn eine Gesellschafts-Forderung zu liquidiren ist, sammt und sonders erscheinen, oder ihren Anwald genügend bevollmächtigen müssen, geht schon aus der Natur der Sache hervor, widrigen Falls die Antheile derjenigen Handelsgesellschafter, deren Bevollmächtigung nicht vorliegt, ohne weiters der Präklusion unterliegen würden. Anders ist dieß bei Handelshäusern, wo die bekannte Firma eines Hauses zur Bevollmächtigung genügt, wenn nur sonst die vom Gesetze vorgeschriebene Form der gerichtlichen Fertigung beobachtet ist, obwohl es in einem solchen Falle immer sehr räthlich und vorsichtig bleibt, wenn der Vollmachts-Aussteller, nebst der gerichtlichen Fertigung der Vollmacht überhaupt, auch zugleich die Aechtheit der Handlungs-Firma, und seiner Eigenschaft als Chef derselben, durch das Gericht attestiren läßt.

§. 40.

d) *Des General-Anwaldes.*

Nur in dem Falle, wenn ein Anwald schon vor erkanntem Konkurse *ad totam causam* bevollmächtigt war, hat derselbe eine weitere Vollmacht nicht mehr nöthig⁶⁴⁾.

64) Cod. jud. Cap. XIX. §. 8. no. 4.

Jedoch muß die ihm früher gegebene ein *Mandatum generale* seyn, Kraft dessen er nicht nur Schriften wechseln, sondern auch Zeugen und Dokumente produciren, recognosciren, diffitiren, Eide leisten, anbieten, zurückschieben und *in causa concludiren* kann ⁶⁵). Hat der Anwald mit seiner schon vor erkanntem Konkurse angebrachten Schuldklage bereits eine solche General-Vollmacht zu den Akten gebracht, so bedarf er, wenn es zum Prioritäts-Verfahren kommt, deßfalls keiner weiteren Bevollmächtigung mehr. Ein bloßes *Mandatum speciale*, welches nur für eine besondere Handlung, z. B. zur Bescheidsanhörung, zum Geldempfang u. dgl. gegeben ist, würde aber keineswegs zureichen, sondern ein solcher Special-Bevollmächtigter müßte nichts desto weniger im Konkurse noch eine rechtsgenügende Vollmacht unter Präklusions-Strafe beibringen.

§. 41.

Präsumtiv-Mandat a) der Verwandten.

Eine *vermuthete Vollmacht* ist im Konkurse so weit zureichend, daß die Ratifikation dessen, was in Kraft eines solchen Man-

64) Cod. jud. Cap. VII. §. 9. no. 2.

dats am ersten Ediktstage verhandelt worden ist, im nächstfolgenden Ediktstage darauf, jedoch *sub poena praecclusi*, beigebracht werden soll und mag ⁶⁶⁾. Bei Ratifikations-Instrumenten müssen übrigens dieselben Formen, wie bei Vollmachten (§. 37.) beobachtet werden.

Ein Präsumtiv-Mandat steht nun nach unserm Gesetze ⁶⁷⁾ zu

- 1) den Verwandten in auf- und absteigender Linie;
- 2) in der Seitenlinie und bei Verschwägerten bis auf den dritten Grad nach weltlichen Rechten.

Dafs in diesen beiden Fällen die Verwandt- oder Schwägerschaft gerichtskundig seyn und vom Liquidanten auch allegirt werden müsse, versteht sich von selbst, so wie z. B. ein Fremder, dessen Familien-Verhältniß weder dem Gerichte, noch den übrigen Interessenten bekannt ist, sich allerdings über seine Verwandt- oder Schwägerschaft am ersten Ediktstage genügend ausweisen müßte, wenn er als Präsumtiv-Mandatar angesehen und

66) Cod. jud. Cap. XIX. §. 8. nro. 5.

67) Cod. jud. Cap. VII. §. 5

dotis vel paraphernalium handelt, weil nicht bloß die Zinse, sondern nebst denselben auch das Kapital selbst immer zurückgefordert und eingeklagt werden muß. Nur in dem Falle, wenn sich's in einem Konkurse nur um die Zinsen oder sonstigen Nutzungen des Dotal- oder Paraphernal-Gutes handelt, bedarf der Mann keiner Vollmacht und keines Ratifikatoriums von seinem Weibe, weil er in dieser Beziehung als Eigenthümer und Usufructuar in eigener Sache auftritt, während ihm das Gesetz, sobald es den Hauptstock betrifft, nur eine vermuthete Vollmacht einräumt. —

Allen Zweifel über die richtige Interpretation dieser Gesetzesstelle hebt gewiß auch noch die Vergleichung analoger gesetzlicher Bestimmungen. Das Gesetz legt nämlich in der Regel jedem Präsumtiv-Mandatar die Verbindlichkeit der Kautionsleistung auf; nur dem Vater und dem Ehemanne wird dieselbe nachgelassen, wenn sich's um *bona adventitia* und *respect. dotalia vel paraphernalia* fragt⁷⁹⁾. Wie könnte das Gesetz hier von einer Kautionsleistung sprechen, wenn es nicht den Ehemann nur als Präsumtiv-Mandatar ansähe?

aber keinem Ausrande, das sich's in jedem Konkurse in der
70) Cod. jud. l. c. §. 7. u. 8.

Allein auch aus dem Privatrechte läßt sich dieses Verhältniß nachweisen. Denn das baierische Civilgesetzbuch⁷¹⁾ räumt dem Manne nur das Vorrecht, daß er *caput familiae* wird, ein, und bestimmt wörtlich, „daß zwar die „Curatel einer minderjährigen Ehefrau durch „die Verheirathung aufhört, und mit der *potestate maritali* verwechselt“, die Vormundschaft oder Curatel aber über dieselbe keineswegs fortgesetzt wird.

Daß diese *potestas maritalis* von der *curatela mariti*, wenn anders aus diesem Grunde auf ein unbedingtes Mandat argumentirt werden wollte, wesentlich verschieden sey, hat auch der bekannte baierische Rechts- und Proceßlehrer Freih. v. Schmid⁷²⁾ bis zur Evidenz dargethan, und es bedarf kaum der Erinnerung, daß sich die angebliche Tutel des Mannes weder durch dessen Verpflichtung noch durch jährliche Rechnungs-Ablage ausspricht. Ueberhaupt kennt das baierische Recht weder eine *curatela sexus*, noch eine *tutela mariti*, wie dasselbe durch den Sachsen-

71) Cod. civ. P. I. Cap. VI. §. 12. no. 4.

72) B. v. Schmid Comment. ad jus municip. bav. Tom. II. Tit. 3. Art. 2. no. 14.

spiegel, in den Orten, wo er galt, eingeführt wurde⁷³⁾.

Alles dieses erweist sich auch ganz klar aus den ältern baierischen Gesetzen. Das baierische Landrecht, vom Jahr 1616, bestimmt, im 4ten Titel 9ten Gesetz, der Gerichtsordnung, wörtlich:

„daß ein Frau oder Weibsperson ihr selbst, Sachen, Haab und Güeter in Rechten mag, vertreten und verantworten“.

Daß übrigens von jeher in Baiern dem Manne nur ein Präsumtiv-Mandat in Bezug auf das Vermögen der Frau zustand, darüber kann auch noch das Landrecht vom Jahr 1518⁷⁴⁾ keinen weitem Zweifel übrig lassen.

Der Mann muß also immer, wenn er im Konkurse, gleichviel ob das Dotal-Paraphernal- oder Receptizgut, seiner Gattin vertritt, und es sich nicht bloß um die Nutzungen, sondern um das Hauptgut selbst fragt, das Ratificatorium derselben am zweiten Edikts-tage nachbringen, und wenn sein Verhältniß als Ehemann nicht ohnehin bei Gericht be-

73) *Runde* deutsches PrivatR. B. II. Abschn. 3. §. 584.

74) Reform. d. baier. Landr. Tit. V. Art. 9. u. 10.

kannt ist, so versteht sich's von selbst, daß er sich darüber am ersten Ediktstage gleich genügend ausweisen muß, weil ihm ausserdem auf eingelegten Widerspruch nicht einmal ein Präsumtiv-Mandat zur Seite stünde, und der Verlust der Forderung selbst die nothwendige Folge davon seyn würde⁷⁵⁾.

§ 43.

c) *Der Streitgenossen.*

mit Streitgenossen haben in Sachen, die ihr gemeinschaftliches Interesse betreffen, für einander ein Präsumtiv-Mandat. Man versteht darunter alle diejenigen, welche *eandem causam et idem jus agendi vel defendendi* haben. Daß in dem Falle, wenn ein Consort bloß seinen Antheil einklagt, weder ein Mandat noch ein Ratificatorium der übrigen Litis-Consorten nöthig ist, versteht sich wohl von selbst, so wie, wenn er in *caussa individua* handelt. Klagt er aber z. B. eine mehreren

⁷⁵⁾ Ganz im Einklange mit den hier ausgesprochenen Grundsätzen ist auch im Wechsel-Process die gegenseitige Bevollmächtigung des Mannes und der Ehefrau ausdrücklich anbefohlen. Vergl. Wechselgerichtsordn. v. J. 1785. Cap. 6. §. 3.

Handelsgesellschaftern gemeinschaftlich gehörige Forderung ein, so muß er von den übrigen Sociis am zweiten Ediktstage das Ratificationum beibringen⁷⁶⁾; widrigen Falls zwar sein Antheil gehörig locirt, gegen die der übrigen aber auf Präklusion erkannt werden müßte.

§. 44.

Der Advokaten.

Auch diesen räumt das Gesetz sowohl im ordentlichen und summarischen, als auch im Konkurs-Procессe ein Präsumtiv-Mandat ein. Jedoch müssen dieselben

1) gehörig verpflichtet und immatrikulirt, dann sie in dieser Eigenschaft bei Gericht bekannt seyn, weshalb einem nicht als Advokat verpflichteten Anwalt, wer derselbe auch immer seyn möge, diese gesetzliche Begünstigung nicht zusteht. Auf jeden Fall darf aber

2) auch selbst ein gehörig verpflichteter Advokat nicht mit leeren Händen kommen, sondern muß wenigstens die zur Sache ge-

⁷⁶⁾ Cod. jud. Cap. XIX. §. 8. no. 5. et Cap. VII. §. 2. no. 9. u. §. 5. no. 4. not. lit. e und vergl. oben §. 39.

hörigen Instrumente, z. B. Schuldscheine, Erkenntnisse etc. mit sich bringen, wenn er auf dieses gesetzlich vermuthete Mandat Anspruch machen will⁷⁷⁾.

Dafs auch Herrschafts-Verwalter und Patrimonial-Stiftungs-Administratoren in gewisser Art nur ein Präsumtiv-Mandat haben, ist oben (§. 39.) schon erörtert worden.

§. 45.

Mangelhafte Vollmachten.

Der Präsumtiv-Mandatar mufs, wie gezeigt wurde, am zweiten Edictstage das Rationificatorium dessen, den er vertritt, *sub poena praeclusi* beibringen. Anders verhält sich's, wenn der Anwalt eine *mangelhafte Vollmacht* schon gleich am ersten Ediktstage beibringt. Hier ist zu unterscheiden, ob

- 1) von allen, oder auch nur einem einzigen Gläubiger, oder auch vom Schuldner selbst, am zweiten Ediktstage eine Einrede dagegen erhoben wird,
- 2) oder nicht.

Im letztern Falle hat es ohne weiters dabei sein Bewenden. Der Legitimationspunkt wird dann Kraft des Gesetzes als berichtigt,

77) Cod. jud. Cap. VII. §. 3. no. 5. et not. lit. f.

und von den Interessenten als stillschweigend zugestanden angenommen, ohne daß sich der Richter von Amtswegen damit befassen darf⁷⁸⁾. Das für den ordentlichen und summarischen Proceß bestehende Gesetz, daß der Richter *ex officio* auf den Legitimationspunkt Rücksicht nehmen müsse⁷⁹⁾, hat also im Konkurs-Process nicht Statt. Im Falle gerügter Mängel einer Vollmacht ist es jedoch dem Mandatar erlaubt, die gerügten Mängel noch am dritten Ediktstage zu ersetzen, wo es aber, unter Präklusions-Strafe um so sicherer geschehen muß, als ein weiterer Nachtrag delfalls nicht mehr Statt haben würde⁸⁰⁾.

§. 46.

Legitimation zur Sache.

Wer den Beweis liefert, daß er der rechtmäßige Kläger sey, legitimirt sich *active* zur Sache. Die Nachweisung, daß der Schuldner der wahre Beklagte sey, heißt die *passive Legitimation* zur Sache⁸¹⁾.

78) Cod. jud. Cap. XIX. §. 8. nr. 7.

79) Cod. jud. Cap. VII. §. 1.

80) Cod. jud. Cap. XIX. §. 8. no. 6. u. 7. et in not. lit. f. u. g.

81) v. Gönner's Handb. des deutschen gemeinen Processes B. I. Abh. XV.

Beide kommen im Konkurse sehr häufig vor. Der Gläubiger, welcher eine Forderung an den Gantier durch Cession an sich gebracht hat, muß sich über diese Cession rechtsgenügend ausweisen, mithin nebst der Schuldurkunde des Gantierers, auch das Cessions-Instrument in legaler Form beibringen. Lautet die Schuldurkunde auf einen andern Schuldner, als der gegenwärtig der Gant unterliegt, so muß nachgewiesen werden, daß und wie die Schuld auf den dermaligen Gantier übergegangen ist. Dieser Fall trifft sehr häufig bei Ganten auf dem Lande ein, wo Privat- und besonders Stiftungs-Kapitalien manchmal mehrere Jahrzehende hindurch auf demselben Gute liegen bleiben, und von einem Besitzer auf den andern übergehen. Obwohl nun da selten der Konsens zur Uebertragung eines solchen Kapitals an den neuen Gutsbesitzer erholt, noch weniger ausdrücklich ertheilt wird, so ist doch durch die Uebernahme-Briefe dieser Beweis sehr leicht herzustellen, weil dadurch auf jeden Fall, wenn auch, was doch immer seyn sollte, die Kapitalien nicht besonders und namentlich vorgetragen sind, wenigstens der Uebergang der Hypothek auf den der Gant unterliegenden Besitzer nachgewiesen ist.

Dafs die Beibringung dieser Nachweisung in legaler Form, in einem wie dem andern Falle, zugleich mit dem Liquidations-Recesse geschehen müsse, bedarf keiner Erinnerung ⁸²⁾).

§. 47.

Legitimation zur Praxis.

Die Nachweisung der Befugnifs, den Auftrag einer Parthei zu gerichtlichen Handlungen zu übernehmen und zu vollziehen, heifst die *Legitimation zur Praxis* ⁸³⁾. Unser Procefs-Gesetzbuch gestattet zwar jedem, dem es in den Rechten nicht ausdrücklich verboten ist, als Anwald bei Gericht aufzutreten ⁸⁴⁾. Jedoch war es schon damals jedem Staatsdiener untersagt, ohne besondere allerhöchste Erlaubnifs Anwaldschaften vor Gerichten zu übernehmen, so wie den Umtrieben und Prellereien der Stuhlschreiber, Supplicisten und Winkelagenten schon durch die Procefs-Ord-

82) Cod. jud. Cap. XIX. §. 8. no. 3.

83) v. *Gönnér's* Handb. des deutsch. gemeinen Processes B. I. Abh. XV. §. 1.

84) Cod. jud. Cap. VII. §. 4.

nung selbst ein Damm gesetzt wurde ⁸⁵⁾. Allein so strenge auch die ältern sowohl, als die neuesten defsfalls erlassenen Verordnungen ⁸⁶⁾ die Beseitigung dieses Unwesens beabsichtigten, so konnte demselben dennoch keineswegs vollkommen gesteuert werden. Im Konkurs-Process kann nun zwar, da ein verdeckter Anwald dem Klienten sehr leicht die Präklusion veranlassen könnte, dieser Fall nicht wohl vorkommen. Sollte jedoch in irgend einem Falle ein nicht recipirter Advokat oder ein nicht besonders autorisirter Staatsdiener sich einer solchen unbefugten Vertretung unterziehen, so muß derselbe nicht nur von dem instruierenden Gerichte zurückgewiesen und der Mandant zur Bevollmächtigung eines recipirten Advokaten beauftragt, sondern ein solcher unberechtigter Anwald kann nach Umständen auch mit Geld- und Arreststrafe belegt werden ⁸⁷⁾. Die Präklusion der von einem solchen Winkelanwalde etwa liquidirten

85) Cod. jud. Cap. II. §. 8.

86) Mandat v. 23ten Aug. 1802. Reg. Bl. St. XXXV. S. 621. und Verordn. vom 18ten Febr. 1811. Regier. Bl. St. XV. S. 289.

87) Vergl. die angez. Verordn. vom 18ten Febr. 1811. a. a. O.

Forderung aber darf, da das Gesetz die Nichtigkeit der von demselben gepflogenen Verhandlungen keineswegs ausspricht, daraus nicht gefolgert werden. Da übrigens

3) das Gesetz zwischen der Legitimation zum Prozesse und zur Sache in dem Bezuge keinen Unterschied macht, so ist es klar, daß auch gerügte Mängel in letzterer Hinsicht noch allerdings am dritten Ediktstage ersetzt werden können.

Der wesentliche Unterschied zwischen einer präsuntiven und mangelhaften Legitimation ergibt sich nach dem Gesagten ohnehin von selbst.

§. 48.

B. *In Bezug auf die Liquidation selbst.*

So wie das richtig gewählte *genus actionis* und die Fassung der Klage überhaupt schon im ordentlichen Verfahren höchst wichtig ist und die Parthei oder der Anwalt hierin nicht vorsichtig genug seyn kann, so versteht sich's wohl von selbst, daß die Vorsicht hierin falls im Konkurs-Processe um so größer seyn müsse, je strenger das Gesetz das Recht an die Formen bindet, und jede kleine Vernachlässigung der Form mit dem Ausschlusse aus der Konkurs-Masse bestraft. Klarheit der

Darstellung, Bestimmtheit der Anträge, und besonders Kürze des Vortrags sollen daher an keinem Liquidations-Recesse vermisst werden. Ueber den Inhalt desselben geben Begriff und Zweck von selbst die nothwendigen Vorschriften an die Hand.

Jeder Liquidations-Recess ist nämlich

1) *eine Klage*; der Zweck derselben ist doppelt, einmal, daß

a) die *Liquidität* der Forderung gerichtlich ausgesprochen, und

b) zugleich über die *Priorität* derselben erkannt werde.

2) Da im Konkurse der Richter keiner Parthei den Beweis durch Vorbescheid auflegen darf, sondern jeder Gläubiger deßfalls seine Nothdurft selbst ohne Erwartung eines richterlichen Auftrags beobachten muß, so hat derselbe auch dafür zu sorgen, daß alle Behelfe, welche sowohl zum Beweise der Forderung selbst, als des Vorzugsrechts derselben gehören,

in beweisender Form mit dem Liquidations-Recesse zu den Akten gegeben oder doch producirt werden.

§. 49.

Bestimmtheit der Anträge.

Dafs in Bezug auf die Liquidität der Antrag des Gläubigers dahin, dafs die eingeklagte Forderung als liquid erkannt werden möge,

gestellt werden müsse, unterliegt keinem Widerspruche; desto häufiger wird aber von Partheien und Anwälden gegen die Vorschrift des Gesetzes, dafs auch

in Bezug auf die Priorität ein bestimmter Antrag gestellt werden soll, verstossen.

Die Frage:

„Ist es nothwendig, zweckmäfsig, oder
„auch nur vortheilhaft, sogleich im Liquidations-Recesse auf eine bestimmte Klasse
„anzutragen?“

ist keineswegs gleichgültig, oder ohne praktisches Interesse. Die Anwälde sind hierin sehr verschiedener Meinung. Einige halten es für zweckmäfsig, und thun sich etwas darauf zu Gute, keine bestimmte Klasse zu verlangen, sondern höchstens den generellen Antrag auf Location in die gesetzlich privilegirte Klasse zu stellen.

Der Grund, den sie für ihre Behauptung aufstellen, ist folgender. Die Beurtheilung

des Vorzugsrechtes, sagen sie, ist lediglich Sache der richterlichen Reflexion; der Richter muß hier absolut thätig seyn; genug, wenn die Parthei die Materialien liefert, das faktische Verhältniß mit allen Behelfen erschöpfend darlegt, der Richter muß dann, was Rechtens ist, von selbst aussprechen!

Thut er dieß nicht, und gravirt er hierdurch den Liquidanten, so kann sich letzterer durch die Berufung schützen, und der Oberrichter muß dieser Beschwerde abhelfen. Der Antrag auf eine bestimmte Klasse, schließent sie, ist also nicht nothwendig; — ja, sie gehen noch weiter, und beweisen, daß er sogar nachtheilig seyn könne.

Denn gesetzt, meine Forderung, sagen sie, ist zur vierten Klasse qualificirt: ich übersehe aber den hieher relevirenden Umstand, und trage nur auf die achte Klasse an. Der Richter locirt mich nach meinem Antrage in die achte Klasse nach dem Alter der Hypothek; hier bin ich nicht gravirt, und kann sohin nicht einmal die Berufung mehr ergreifen.

Es fällt in die Augen, daß dieses Raisonement theils nur auf Sophisterei beruht, theils auf die Bequemlichkeit und Ignoranz einiger Anwälde berechnet ist, und für ein wie für das andere ein Deckmantel seyn soll.

Schon dieser Umstand muß daher ihr Argument verdächtig machen; allein bei näherer Prüfung wird sowohl die Nothwendigkeit des Antrages auf eine bestimmte Klasse, als dessen Zweckmäßigkeit von selbst einleuchten. Denn

1) die Nothwendigkeit eines bestimmten Antrages spricht sich schon bei jeder Klage überhaupt und im Allgemeinen aus, ist auch in der baierischen Gerichtsordnung ausdrücklich vorgeschrieben⁸⁸⁾. Der Liquidations-Recess ist nun aber ebenfalls eine Klage, folglich passen auf denselben alle wesentlichen Requisite eines Klaglibells.

Ein specieller Grund für die Bestimmtheit des Antrages, auch in Bezug auf die Location, geht

2) aus der eigenthümlichen Natur des Konkurs-Processes und dem Zwecke des Liquidations-Verfahrens hervor.

Der Richter muß in einem Urtheile zugleich über die Liquidität und zugleich über die Priorität erkennen.

Dieses setzt ganz natürlich die Verhandlung über beide Punkte voraus, welche im-

⁸⁸⁾ Cod. jud. Cap. IV. §. 7. no. 4. et in not. lit. d.

mer höchst mangelhaft wäre, wenn im Punkte der Priorität gar kein bestimmter Antrag gemacht würde.

Dafs hierdurch auch

3) die Exceptions-Verhandlung, so wie die Re- und Dupliks-Sätze nothwendig höchst schwankend, ungenügend und unvollständig werden müßten, läßt sich leicht er-messen, so wie diese Unbestimmtheit noch die weitere nachtheilige Folge haben würde, dafs faule oder unwissende An-swälde dabei die schönste Veranlassung fän-den, durch eine Zusammenhäufung aller möglichen Einreden, sie mögen nun pas-sen oder nicht, ihre Bequemlichkeit oder Ignoranz mit einem solchen glänzenden Mäntelchen zu bedecken, statt bestimmte Anträge und Einreden mit Präcision und Nachweisung der Gesetze, oder der Akten zu machen, worüber ich weiter unten mich ausführlicher erklären werde.

Der einzige Scheingrund für die gegen-theilige Meinung, welcher sich noch hören läßt, ist der, dafs durch den generalen An-spruch „auf die gesetzliche Klasse“ die übrigen Gläubiger nicht ausdrücklich auf das erst in der Replik zu verlangende Vorzugsrecht in der vierten Klasse aufmerksam gemacht wür-

den, folglich keine Einrede dagegen erheben und so dem Liquidanten offener Vorthail aus diesem generellen Antrage erwüchse.

Allein dieses Sophisma beruht offenbar auf einer ganz irrigen Voraussetzung. Denn durch den bloß generellen Antrag auf die gesetzliche Klasse erklärt doch der Liquidant geradezu, daß er die Location lediglich dem Richter anheimstelle, und nur auf jene Klasse Anspruch mache, welche ihm nach den beigebrachten Behelfen gebührt.

Prüft nun der Richter dieselben, so findet er beim ersten Blicke, daß das Factum der Version zwar in der Urkunde asserirt, aber durch nichts bewiesen sey. Beim Mangel des erforderlichen, unter Präklusions-Strafe gleich am Liquidations-Termine beizubringenden Beweises kann er daher auf keine höhere, als die achte Klasse, nach dem Alter der Hypothek erkennen, ohne daß die Feinheit, erst mit dem Replik-Recesse deutlich zu sprechen, hierin etwas ändern kann, theils weil der schon mit dem Liquidations-Recesse anzubringende Antrag in der Replik zu spät kommt, theils weil die Gläubiger im Exceptions-Termine stillschweigend nichts eingestehen konnten, was nicht bei der Liquidation ausdrücklich und bestimmt verlangt wor-

den war, theils endlich, weil der Arglist und dem Betrüge, der hier offenbar beabsichtigt wäre, die Gesetze nirgends die Thür geöffnet wissen wollen. Die Nothwendigkeit des Antrages auf eine bestimmte Klasse spricht sich daher für sich von selbst aus, wenn nicht auch das Gesetz ausdrücklich die Herstellung des Beweises sowohl zu nöthiger Erprobung der Schuld, als des Vorganges, gleich mit der Liquidation ausdrücklich vorschriebe, und namentlich verböte, ein solches erst auf den zweiten oder dritten Ediktstag zu versparen ⁸⁹⁾).

§. 50.

Beweises Thema.

Das, worüber der Gläubiger gleich am ersten Ediktstage seinen Beweis antreten muß, umfaßt also die beiden wesentlichen Momente,

- 1) die *Liquidität* seiner Forderung überhaupt,
- 2) die *Priorität* derselben.

Ueber die Beweismittel werde ich mich in den folgenden Paragraphen verbreiten. Hier im Allgemeinen nur folgende Bemerkungen. —

⁸⁹⁾ Cod. jud. Cap. XIX. §. 10. no. 2.

Sehr oft entscheidet schon die Urkunde, durch welche der Beweis der Forderung selbst hergestellt wird, auch über das Vorzugsrecht, wenn z. B. der Schuldner darin eine ausdrückliche Hypothek constituiert, wenn sich der Verkäufer auf der auf Borg verkauften Realität ein ausdrückliches specielles Unterpfand vorbehält etc. In diesem Falle bedarf es ausser der Vorlage der Urkunde in beweisender Form keines weitem Beweises. Nicht so ist dieß der Fall, wenn das Darlehen erst zu einer kräftigen Verwendung gegeben, und diese in der Schuld-Urkunde ausgedrückt wird, z. B. zum Ankauf einer Realität, zur Wiedererbauung oder Ausbesserung eines Hauses etc. Hier tritt offenbar der Fall ein, daß die wirkliche Verwendung auf andere Art genügend nachgewiesen werden muß⁹⁰⁾. — Denn diese ist ein von dem Darlehns-Vertrage ganz unterschiedenes Factum, über welches der Richter, folglich auch die von ihm ausgestellte Urkunde, nur dann ein gültiges Zeugniß geben kann, wenn dieses Factum vor ihm genügend erwiesen ist⁹¹⁾. Daß selbst

90) Man vergl. hieher Cod. civ. P. IV. Cap. 2. §. 3. et in not. lit. d.

91) v. Gönner's Handb. d. deutsch. gemeinen Processes Bd. II. Abh. XI. §. 6.

das Assert des Schuldners in dem Falle nicht genügen könne, ist einleuchtend, weil derselbe auf diese Art durch eine fälschlich assertirte *Versio in rem emendam, aedificandam* etc. sehr leicht ältere Hypothekgläubiger gefährden könnte: weshalb die Nothwendigkeit für sich einleuchtet, daß der Richter, wenn er auch selbst in der Schuld-Urkunde die richtig geschehene Verwendung attestirt, nur dann Glauben verdiene, wenn sich dieses sein Attest auf eine rechtsgültige richterliche Verhandlung, z. B. auf ein Protokoll, stützt, worin der Verkäufer der Realität den Empfang des vom Darleiher vorgeliehenen Geldes zur Tilgung des Kaufschillings, oder der Baumeister zur Bezahlung der Baukosten bekennt. Da diese Vorsicht von den meisten Gerichten vernachlässigt wird, und gutmüthige Gläubiger theils aus Gesetzes Unkunde, theils im zu großen Vertrauen auf den öffentlichen Glauben gerichtlicher Urkunden in diesem Falle häufig gefährdet werden ⁹²⁾, so glaubte

92) Sehr bestimmt fordert daher das Gesetz Cod. jud. Cap. XX. §. 5. no. 4. „die alsbaldige und „ausdrückliche Verpfändung der erkauften „oder erbauten Realität, und Verwendung „des Geldes oder der Materialien zu dem an-

ich diesen Gegenstand besonders bemerken zu müssen, dem ich nur noch beifüge, daß die Gesetze Vormundschaften, milde Stiftungen und andere den Minderjährigen gleichgeschätzte Kommunitäten und Konfraternitäten dieses Beweises entheben, und bei denselben, jedoch nur bei ihnen, die gesetzliche Vermuthung für die wirklich geschehene Verwendung festsetzten 93).

§. 51.

Beweismittel. a) Zeugen.

In der Regel sind im Konkurse dieselben Beweismittel wie im ordentlichen und summarischen Prozesse zulässig, nur muß jeder Beweis zugleich mit der zu pflegenden Handlung angetreten werden. Wer daher den Beweis seiner Forderung durch Zeugen herstellen will, muß am ersten Ediktstage unter Präklusions-Strafe sogleich die erforderlichen Weisungssätze sammt Zeugenbenennung und Anleitung übergeben. Es genügt daher keineswegs, wenn sich nur im Allgemeinen auf die Zeugen und deren Aussagen berufen, oder

„gegebenen Zwecke“. Vergl. auch die Anmerk. hieher lit. d.

93) Cod. jud. Cap. XX. §. 5, no. 6.

auch um derselben Abhör gebeten wird. Wer nicht förmliche Artikel nebst der Zeugen-nomination und dem Directorium zugleich mit dem Liquidations-Recesse übergibt, hat die Strafe des Ausschlusses zu gewärtigen. — Am zweiten oder gar am dritten Ediktstage erst nachgetragene Artikel werden *pro non productis* gehalten, und das Gesetz erlaubt den nachträglichen Zeugen- und Urkunden-Beweis nur in folgenden zwei Fällen, wenn

a) durch den Eid, oder sonst *in continenti*, dargethan werden kann, daß der Liquidant früher von dem Anspruche selbst, oder doch den Zeugen und Urkunden keine Kenntniß gehabt habe (*in casu restitutionis*), und

b) wenn der Gegenbeweis geführt und die vorgeschützte Exception oder Replik zu erproben gesucht wird (*in casu reprobationis*).

In diesen beiden Fällen bindet das Gesetz das Weisungs-Verfahren auch nicht so strenge an die Ediktstage; jedoch soll man auch hierin keine unnöthige und aufzügliche Weitläufigkeit gestatten, sondern den Beweis bestmög-

lichst durch abgekürzte peremptorische Termine zu beschleunigen trachten⁹⁴⁾.

§. 52.

b) *Urkunden.*

Wird der Beweis der Schuld oder des Vorganges *durch Urkunden* geführt, so müssen dieselben

1) am ersten Ediktstage in Urschrift oder in beweisender Form vorgelegt werden⁹⁵⁾.

Es genügt mithin nicht, wenn gerichtlich fide mirte Abschriften producirt werden, falls dieselben nicht in Gegenwart sämtlicher Interessenten, und nach allen vom Gesetze vorgeschriebenen Förmlichkeiten⁹⁶⁾ beglaubigt worden sind.

2) Dokumente, welche schon einmal beim nämlichen, oder einem andern Richter producirt worden sind, müssen nichts desto weniger am ersten Ediktstage unter Präklusionsstrafe nochmals producirt und dem Schuldner sowohl als den übrigen Mitgläubigern zur Einsicht vorgelegt werden.

94) Cod. jud. Cap. XIX. §. 10. no. 3. 7. u. 8.

95) Cod. jud. Cap. XIX. §. 11. no. 1. et 2.

96) Cod. jud. Cap. XI. §. 4. no. 2.

Da in größern, ausgedehnten Konkursen weder den Gläubigern noch ihren Anwälden zugemuthet werden kann, mehrere Tage, ja oft Wochen, den Commissionen beizuwohnen, da unser Gesetz einen *Contradictor communis* da, wo dessen Aufstellung bisher nicht hergebracht war, als nicht zulässig erklärt, und es immer gewagt seyn dürfte, wenn die sämtlichen Gläubiger ihr Interesse der Willkühr und den Ansichten eines Einzigen überlassen wollten, so ist es klar, daß, wenn der Gläubiger seine mit dem Liquidationswesen vorgelegten Originalien nicht bei den Judicial-Akten lassen, sondern wieder zurücknehmen will, der Gemeinschuldner sowohl als die übrigen Mitgläubiger allerdings darauf antragen können, daß dieselben am zweiten Ediktstage wiederholt vorgelegt werden, weil es ausserdem nicht möglich wäre, die etwa sichtbaren Mängel derselben zu bemerken und die daraus hervorgehenden Einreden geltend zu machen. Nur in dem Falle, wenn die Beglaubigung der zu den Akten übergebenen Abschriften schon vom Konkurs-Gerichte in Beiseyn aller übrigen Kreditoren geschehen ist, erscheint eine nochmalige Produktion derselben nicht für nöthig.

§. 53.

c) *Eid.*

In Ermangelung anderer hinreichender Beweismittel ist im Konkurse auch *der Eid* zulässig. Wählt der Gläubiger

- 1) den Entscheidungseid (*juramentum litis decisorium*), so muß er denselben sogleich am ersten Ediktstage dem Schuldner deferiren und die Eidesformel vorlegen. Dieselbe strenge Verbindlichkeit hat er auch
- 2) wenn er beim Mangel vollständiger Probe sich zum *Erfüllungseide* (*juramentum suppletorium*) er bietet ⁹⁷⁾. —

Diese Vorsicht wird von Anwälten sehr oft bei Waaren-Schulden vernachlässigt, für welche gewöhnlich, ausser Handelsbüchern, keine andern Beweises-Behelfe vorhanden sind. Diese machen bekanntlich nur einen halben Beweis ⁹⁸⁾, so daß die Ausserachtlassung des Erbietens zum Erfüllungseide und der Uebergabe der Eidesformel nothwendig den Verlust der Forderung nach sich zieht.

Alle übrigen Eide, ausser dem eben genannten, z. B. das *juramentum calumniae* etc.

97) Cod. jud. Cap. XIX. §. 12. nr. 1.

98) Cod. jud. Cap. XI. §. 3. no. 2.

haben im Konkurse eben so wenig statt, als Kautionsgesuche und Widerklagen ⁹⁹⁾. Uebrigens kann durch den Eid nur die Liquidität, nie aber die Priorität erwiesen werden ¹⁰⁰⁾.

§. 54.

d. *Notorietät, allgemeiner Ruf u. d. g.*

Dafs auch Notorietät, allgemeiner Ruf u. d. g. als Beweismittel im Konkurse wenigstens *adminiculativ* gebraucht werden können, unterliegt wohl keinem Anstande; die gesetzlichen Bestimmungen in Bezug auf die vom Gerichte bestellten Vormünder ¹⁾ auf gerichtlich bekannte Verwalter ²⁾, bestätigen diesen Satz. Allein in jedem Fall wird der Liquidant, welcher zu diesen Mitteln seine Zuflucht nehmen muß, und, wo ihm das Gesetz nicht ausdrücklich die sogleiche Beweises-Antretung erläßt, wie z. B. dem Vormünder, dem Verwalter, wohl thun, wenn er wenigstens vorläufig den Beweis über die

99) Cod. jud. Cap. XIX. §. 9.

100) Cod. jud. l. c. §. 12. u. *Miltner's* Gantproc. S. 243.

1) Cod. jud. Cap. XIX. §. 8. nro. 1.

2) *Maiers* Gen. Samml. B. I. pag. 1481.

Notorietät auf den Fall, daß dasselbe etwa widersprochen werden sollte, durch Zeugen oder Urkunden am 1. Edictstage sogleich antritt, indem ausserdessen ein simpler Widerspruch sein Assert entkräften würde, und eine weitere Beweises-Antretung nicht mehr Statt hätte, folglich das Präjudiz der Präklusion eintreten müßte. Vom Augenscheine und dem Gutachten der Sachverständigen gilt dasselbe³⁾.

§. 54.

Ausnahmen von der Verbindlichkeit sogleicher Beweises-Antretung A. bei den Separatisten.

Von der allgemeinen Regel, daß jeder Gläubiger er möge auch gleich bereits Immissions-Rechte erlangt, oder Faustpfänder in Händen haben, am ersten Ediktstage erscheinen, seine Forderungen gehörig liquidiren und alle Beweises-Behelfe sogleich beibringen müsse, nimmt das Gesetz die *Separatisten* aus, welche keineswegs sich in den Konkurs einzulassen verbunden sind, wenn es auch eventuel und mit Protestation geschehen ist, ihren Rechten dadurch nichts praejudiciren⁴⁾.

3) *Miltner's Gand-Proc.* S. 245. ff.

4) *Cod. jud. Cap. XIX. §. 5. nro. 1.*

Das Separations-Recht ist entweder

a) *das ordentliche*, wenn die prätendirte Sache dem Fordernden eigenthümlich gehört, und noch wirklich *in natura et Specie* vorhanden ist. Dahin gehören

1) alle hinterlegt, verpfändet, verpachtet, geliehen, entwendet, oder mit Gewalt abgenommene Sachen;

2) solche, welche dem Schuldner auf Commission übergeben worden sind;

3) ewige Gelder, dann

4) wenn beim Verkauf einer Sache das *dominium* ausdrücklich vorbehalten wurde;

5) das Mutter- oder Erbgut oder sonstig erworbene Vermögen der Kinder;

6) das Heurath-Paraphernal und Receptizgut der Frau, nebst ihrem Antheile an Hochzeitgeschenken, dann gemeinen Hausfahrniss und Errungenschaft, oder nach Umständen die mit ihrem Heurathsgute erkaufte Realität⁵⁾;

5) Cod. jud. Cap. XX. §. 16. Ich begnüge mich, hier blos im allgemeinen das Wesentliche vom ordentlichen, dann ausserordentlichen und Quasiseparations-Rechte anzuführen, indem die nähere Ausführung hierüber eigentlich Gegenstand der Locationsordnung und integrierender Theil des Privatrechtes (Cod. civ.) ist,

7) dahin gehören auch noch die während der Gant laufenden Steuern und Dominikalabgaben, denn, da durch das Gant-erkenntniß der Gemeinschuldner aufhört, Eigenthümer zu seyn, und die sämtlichen Gläubiger das gemeinschaftliche Eigenthum der Massa erlangen, so sind diese jetzt Schuldner der Staats-Kassa und des Grundherrn, so daß, wenn diese Leistungen durante concursu nicht geschehen, dieselben keineswegs in der Prioritäts-Erkenntniß aufgenommen werden können, sondern vor allen übrigen befriedigt, sohin wie Separations-Posten behandelt werden müssen ⁶⁾.

b) *Das ausserordentliche Separations-Recht* räumen die Gesetze

1) allen Gläubigern eines Erblassers, sowohl den Hypothekar als den bloßen Chirographarien, so wie den Legatarien, Donatarien und Fideicommissarien ein. Dasselbe steht aber

was auch B. v. *Kreitmayr* schon anerkannte, ob er selbe gleich nichtsdestoweniger seinem Iudiciar Kodex im 20. Kapitel folgen ließ.

6) Verordn. v. 5. Merz 1815. Regierungsbl. St. XI. S. 201.

2) den Gläubigern des Erben keineswegs, ausser nur in dem Falle zu, wenn er gegen ihr ausdrückliches Begehren das Inventar zu errichten unterlassen hat⁷⁾.

c) Das *Quasiseperations-Recht* hat nach dem Gesetze nur in den 2 Fällen statt, wenn

1) unter des Schuldners Vermögen sich ein Gut findet, welches früher schon, ehe es derselbe an sich gebracht hat, einem Gläubiger verpfändet war, und sich dieser, weder an seinem ersten Schuldner, noch dessen Erben oder Bürgen auf andere Weise mehr bezahlt machen kann⁸⁾;

2) wenn ein noch unter väterlicher Gewalt stehender Sohn, theils vor, theils nach angetretenen Militairstande verschiedenen Kreditoren, z. B. um erkaufte Waaren schuldig geworden ist, so können letztere die Separation jenes Vermögens, welches er erst nach angetretenem Militairstande erworben hat, verlangen, und hieraus von jenen Gläubigern, welche

7) Cod. jud. Cap. XX. §. 17.

8) Cod. jud. Cap. XX. §. 18. nro. 1. und die erläuternde Verordnung vom 22. Februar 1814. Allg. Reggsbl. v. I. 1814. St. XV. S. 353—355.

ihm vor Antritt des Militairdienstes geborgt haben, ihre Befriedigung verlangen. In allen diesen 3 Fällen ist der Gläubiger, der seinen rechtlichen Anspruch auf das Separations - Recht *vel quasi* darzuthun vermag, nicht schuldig, sich in den Konkurs einzulassen. Jedoch ist es, besonders im letztern Falle (lit. e) immer räthlich, die Einlassung wenigstens eventuel und mit Protestation zu erklären, um auf den möglichen Fall, daß dem Separations - Antrage nicht deferiert werden sollte, das Praejudiz der Präklusion beseitigt zu haben.

Ich glaube hiebei die Frage über die *Dauer* des Separations - Rechtes nicht umgehen zu dürfen. Es ist klar, daß dasselbe, so lange der Konkurs - Proceß läuft, und die Massa nicht vollständig distribuiert ist, mit vollem Rechte angebracht werden könne, daß aber, wenn nicht mehr *res integra* vorhanden ist, ein verspäteter Separations - Antrag eben wenig, als die Restitutions - oder Nichtigkeits - Beschwerde Statt finde. Uebrigens unterliegt es keinem Anstande, daß, wenn ein Separatist seinen Anspruch auf Separation gleich jedem andern Gläubiger am 1. Ediktstage anbringt, am 2. Ediktstage Ein-

reden dagegen vorgebracht, und ihm diese zur Replik - Abgabe am 3. Ediktstage mitgetheilt werden, derselbe allerdings zur Einhaltung dieses Termines unter Präklusions-Strafe verbunden seye, ob es wohl in einem solchen Falle dem Richter allerdings frei steht, auch weitere Termine, und selbst nach Umständen Verlängerungen derselben zu gestatten, wenn nur die Hauptsache dadurch nicht zu sehr verzögert wird, weshalb in jedem solchen Falle immer möglichst kurze peremptorische Termine gesetzt werden sollen⁹).

§. 55.

B. *Wegen Streits - Anhängigkeit.*

Wenn ein Gläubiger schon vor ausgebrochenem Konkurse mit dem Gemein-Schuldner über seine Forderungen, seie es bei dem Konkurs- oder einem andern Gerichte, in einem Rechts-Streite befangen ist, so wird die Hauptliquidation bei dem Gerichte, wo dieselbe einmal anhängig ist, fortgesetzt; nur steht es den übrigen Gläubigern frei, gleichwohl samt und sonders, oder durch den Massacurator, in der Eigenschaft als Kommunan-

9) Cod. jud. Cap. XIX. §. 10. nro. 8.

walt, zu interveniren, und ein solcher Creditor hat nur die Verbindlichkeit, seine Forderung in *quanto et quali* am ersten Ediktstage anzumelden, dann, was den Prioritätspunkt betrifft, gehörig auszuführen, worüber allein im Konkurs-Process verhandelt, die Hauptliquidation aber *in separato* fortgesetzt, und die streitige Forderung in Prioritäts-Erkenntnisse eventuell an die Stelle, wohin sie dem deducirten Vorzugs-Rechte zu Folge gehört, locirt wird¹⁰⁾. Ist aber eine oder die andere Forderung schon einmal vor ausgebrochenem Konkurs bei dem nemlichen oder einem andern Gerichte rechtskräftig entschieden, so kann die Liquidität einer solchen Forderung im Konkurs-Process nicht weiter in Diskussion gezogen werden. Es genügt, wenn der Gläubiger die Streitsakten, oder auch nur das Erkenntniß, in beglaubigter Form, producirt, wodurch allein die Liquidität seiner Forderung genügend hergestellt wird. — Nur in Hinsicht der Priorität, muß auch hier alles dasjenige, was zur gehörigen Begründung und legalen Nachweisung derselben erforderlich ist, innerhalb dem Liquidations-Ter-

10) Cod. jud. Cap. XIX. §. 13. nro. 1 — 6.

mine in beweisender Form zu den Akten gebracht werden.

§. 56.

C. *Wegen grosser Weitschichtigkeit, oder ganz besonderer Eigenschaft einer Forderung.*

Der Konkurs-Process ist eine Art des *processus summarissimi*. (§. 6. Nr. IV.) Es liegt in der Natur dieser Processart, dass dieselbe nur in solchen Fällen in Anwendung kommen kann, wo die Forderung theils auf klaren brieflichen Urkunden beruht, oder doch sonst ohne besondere Weitschichtigkeit nachgewiesen werden kann.

Indess kann öfter der Fall eintreten, dass ein Gläubiger eine Forderung an den Gemeinschuldner zu machen hat, welche ihrer Natur nach nicht zum *processus summarissimus* geeignet ist, und von beiden Seiten einer weitläuftigern Ausführung bedarf. Diese steht nun theils schon für sich mit dem Verfahren *in via summarissima* im direkten Widerspruche, theils würde eine solche Verhandlung im Konkurse entweder gar nicht, oder doch nicht ohne viele Beschwerden und besorgliche Verwirrung mit und neben andern Forderungen liquidirt und vollständig verhandelt werden können.

Das Gesetz müßte daher hinsichtlich solcher Forderungen ebenfalls Ausnahmsweise die Bestimmung festsetzen, daß sie am ersten Ediktstage zwar mit dem beiläufigen und wahrscheinlichen Betrage angemeldet, dann alles, was in Bezug auf die Priorität angebracht werden kann, sogleich mit angeführt werde, um dieselbe seiner Zeit im Prioritäts-Urtheile an der geeigneten Stelle eventuel vormerken zu können, wenn die Liquidität der ganzen, oder eines Theiles der streitigen Forderung in Separato zu Gunsten des Gläubigers entschieden seyn wird¹¹⁾.

Daß auch in diesem Falle, es möge nun die Verhandlung beim Konkursgerichte selbst, oder vor dem sonst zuständigen Richter verhandelt werden, allen und jeden Gläubigern das Interventions-Recht zustehe, bedarf wohl keiner besondern Erinnerung¹²⁾.

§. 57.

Verhandlungen in Bezug auf die Aktivmasse.

Ausser den bisher auseinandergesetzten Verhandlungen über die Liquidität und Priorität der verschiedenen Forderungen kann der

¹¹⁾ Cod. jud. Cap. XIX. §. 14.

¹²⁾ Vergl. vorstehenden §. 55.

Richter die Anwesenheit sämmtlicher Gläubiger am ersten Ediktstage auch noch zu mehreren andern theils nothwendigen, theils zweckmäßigen Verhandlungen benützen. Er legt nämlich

1) denselben das bis dahin mit möglichster Vollständigkeit hergestellte Inventar zur Einsicht und allenfallsigen Erinnerung vor. Dabei steht es den Gläubigern frei, besonders, wenn sie Verdacht von Unterschleifen oder Verheimlichungen haben, dem Gemeinschuldner den Manifestations-Eid anzutragen, den er dahin abzuschwören verbunden ist,

dafs er sein ganzes Vermögen sammt allen ausstehenden Faustpfändern und Aktivschulden getreulich angezeigt und nichts davon verheimlicht habe.

Ergeben sich in der Folge dennoch Anzeigen einer Gefährde, so mufs der Richter ohne weiters von Amtswegen untersuchungsweise verfahren, und darf lediglich keine Schonung gegen einen solchen böslichen Schuldner eintreten lassen ¹³⁾.

Ist

¹³⁾ Cod. jud. Cap. XIX. §. 20. no. 1. et in notis lit. a.

2) bereits ein Massa - Curator provisorisch aufgestellt, so fordert der Richter die Gläubiger zu dessen definitiver Bestätigung, oder einer anderweiten Besetzung auf. — Es ist auch zweckmässig und gut, wenn

3) an diesem Tage zugleich auch der Versuch gemacht wird, das vergantete Gut zu verkaufen, was bei Bauerngütern etc. immer weit vortheilhafter, als eine lange fortgesetzte Guts - Administration ist, bei welcher leider immer die Kosten die Einnahmen übersteigen; um wegen Ertheilung des Konsenses zum Zuschlage nicht noch eine besondere für die Gläubiger immer kostspielige Zusammenberufung derselben nöthig zu machen. Ist noch

4) kein Versuch zur gütlichen Ausgleichung gemacht worden, so kann derselbe bei dieser Gelegenheit, und gewiss sehr oft, mit desto günstigerem Erfolge gemacht werden, als hier schon jeder Gläubiger mit sehr grosser Wahrscheinlichkeit im Voraus berechnen kann, was er etwa bei der vollständigen Durchführung des Konkurs - Verfahrens zu erhalten Hoffnung habe.

Da derselbe, besonders wenn sein Anwalt nicht am Sitze des Gerichtes wohnt, immer mit grossen Kosten verbunden ist, so wird jeder, selbst ein privilegirter Gläubiger, sich gerne zu einem billigen Nachlasse verstehen, weil er sein Geld gleich, oder doch die bestimmte Hoffnung dazu in einem kurzen Termine erhält.

Uebrigens dürfen diese Gegenstände weder in das Präsenz - noch in das Liquidations-Protocoll aufgenommen, sondern es müssen dafür nothwendig eigene, und je nachdem die Konkursache mehr oder minder wichtig ist, für jeden dieser Incidentpunkte separirte Protokolle aufgenommen werden ¹⁴⁾.

§. 58.

Verhandlungen am zweiten Ediktstage. A) Thätigkeit des Richters.

Auch an diesem Ediktstage hat der Richter wieder vor allem das *Präsenz-Protokoll*,

14) Von den Verbindlichkeiten und Rechten des Massa-Curators, von der Zulässigkeit eines Kontradiktors etc. werde ich, um die Verhandlungen an den Ediktstagen mehr im Zusammenhange behandeln zu können, weiter unten (§. 89.) sprechen.

wie am ersten, zu eröffnen, weil jeder Gläubiger, der an derselben nicht erscheint, alle ihm etwa zugestandenen Einreden gegen die übrigen Mitgläubiger verliert.

Zugleich eröffnet er auch das Exceptions-Protokoll, wobei er vorzüglich darauf zu sehen hat, daß

- a) die Exceptionen in derselben Ordnung, wie die Liquidationen geschahen, von jedem Gläubiger angebracht,
- b) die bei dieser Verhandlung etwa zu überreichenden Belege und sonstigen Behelfe gehörig adlitterirt, und in einen besondern Faszikel gesammelt werden.

§. 59.

B. Thätigkeit der Gläubiger und ihrer Anwälde.

Alle Einreden, sowohl in Bezug auf die Liquidität der eingedungenen Forderungen, als auf das für dieselbe in Anspruch genommene Vorzugsrecht, müssen am zweiten Ediktstage unter Strafe der Präklusion angebracht werden¹⁵⁾.

Da die Exceptions-Handlung, nach der Liquidation, das bei weitem wichtigste und

¹⁵⁾ Cod. jud. Cap. XIX. §. 6. nro. 1.

schwierigste Geschäft für jeden Gläubiger und Anwalt ist, so glaube ich, zum Behufe leichter Uebersicht hier folgende allgemeine Grundsätze voraus senden zu müssen:

I. Jeder einzelne Gläubiger ist Gegner (hier Beklagter) aller übrigen Mitgläubiger. Es steht ihm also das Recht zu, gegen alle und gegen jeden insbesondere zu excipiren; ja er muß

II. alle seine Exceptionen, die er zu haben glaubt, sammt und sonders unter Strafe der Präklusion vortragen, und nach Umständen die erforderlichen Beweise hiefür beibringen.

III. Diese Einreden müssen sowohl die Liquidität als das Vorzugsrecht der übrigen Forderungen umfassen, woraus von selbst folgt, daß

IV. alles, was in diesem Termine nicht ausdrücklich widersprochen wurde, als stillschweigend eingestanden angenommen werden muß. —

Nach diesen vorausgesendeten Hauptgrundsätzen wird es nicht schwer seyn, die besondern Augenmerke zu fixiren, auf welche jeder Excipient besonders Acht zu geben hat. —

Vor allem ist nämlich

1) darauf zu sehen, ob der Legitimations-

Punkt, und zwar nach den drei oben angegebenen Rücksichten, zur Sache, zum Prozesse und zur Praxis (§. 36.) im Reinen seye. Läßt sich dagegen nichts einwenden, so fragt es sich:

2) Ob der Beweis der Forderung selbst hergestellt ist. Ist dieser

a) durch *Dokumente* angetreten, so müssen dieselben am zweiten Ediktstage unter Strafe, daß sie ausser dessen als anerkannt angenommen werden, ausdrücklich diffinitirt werden¹⁶⁾.

Wurde der Beweis

b) durch *Zeugen* angetreten, so müssen die übergebenen Weisungssätze ausdrücklich und namentlich mit „Nicht wahr,“ oder „glaube nicht wahr zu seyn,“ beantwortet, und die allenfallsigen Einreden gegen die producirten Zeugen selbst ebenfalls *sub poena liquidi et confessi* angebracht werden¹⁷⁾.

Hat sich ein Gläubiger

c) zum Beweise durch den *Eid* erboten, so ist vor allem zwischen dem *Entschei-*

16) Cod. jud. Cap. XIX. §. 11. nro. 2. et 3.

17) Cod. jud. l. e. §. 10. nro. 4.

dungs - und Erfüllungseide (§. 53.) zu unterscheiden. Ersterer muß am zweiten Ediktstage, er möge nun dem Gemeinschuldner selbst, oder einem, oder allen übrigen Gläubigern deferirt seyn, abgeschworen oder referirt werden. Geschah keines von beiden, so wird der Eid pro relato gehalten und sonach am dritten Ediktstage abgeschworen¹⁸⁾.

Was hingegen den Erfüllungseid betrifft, so müssen gegen denselben am zweiten Ediktstage die etwa statt findenden Einreden, und zwar sowohl in Bezug auf die Zulässigkeit desselben überhaupt, als insbesondere auf die übergebene Eidesformel unter dem Rechtsnachtheile angebracht werden, daß ausser dessen derselbe als zulässig erkannt, und am dritten Ediktstage abgeleistet werden könne. Ueber solche Einreden wird im Konklusions-Termine noch vollständig verhandelt, und sofort im Prioritäts-Urtheile, falls der Eid für zulässig erachtet wird, die Forderung nur eventuel, unter der Bedingung der wirklichen Ableistung des Eides locirt.

¹⁸⁾ Cod. jud. l. c. §. 12. nro. 1.

§. 60.

Unterschied zwischen den Einreden. a) Abläugnung der Klage.

Der wesentliche von Gönner¹⁹⁾, mit so vielem Scharfsinne, und größter Präcision nachgewiesene wesentliche Unterschied zwischen der blossen *Abläugnung einer Klage*, und der *Anbringung wirklicher Einreden*, ist auch hier, besonders wo alles so streng an die Termine gebunden ist, sehr wichtig. Denn, wenn der Gemeinschuldner, oder ein Gläubiger die Forderung des andern bloß abläugnet, oder das in Anspruch genommene Vorzugsrecht desselben widerspricht, so bedarf es keiner weiteren Ausführung hierüber. Hat der Liquidant die erforderlichen rechtsgenügenden Beweise für die Richtigkeit und den Vorzug seiner Forderung nicht am ersten Ediktstage beigebracht, so genügt ein einfacher Widerspruch, um die Präklusion derselben, oder doch die Zurückweisung in eine spätere Klasse zu erzwecken.

b) *Anbringung wirklicher Einreden.*

Wird aber der eingedungenen Forderung eine wahre Einrede entgegengesetzt, so ist

19) Dessen Handbuch II. B. Abh. 34.

zwischen *negativen* und *affirmativen* wohl zu unterscheiden. Iene bedürfen, so wie die *Exceptiones juris* keines Beweises, genug, wenn sie angebracht, und rechtlich sind, oder schon für sich aus den Akten erhellen, wie z. B. Wenn einer Schuld-Urkunde, die noch nicht zwei Jahre alt ist, die *exceptio non numeratae pecuniae* entgegengesetzt wird, und, wie natürlich, das Alter aus der Urkunde selbst erhellt, so bedarf es darüber lediglich keines weitem Beweises.

Anders ist es aber, wenn die Klage nicht bloß abgeläugnet, oder gesetzliche, sondern faktische Einreden opponirt werden, z. B. die *exceptio solutionis, praescriptionis, seu non numeratae pecuniae* in der Art, daß gegen den Prätendenten die Behauptung des nicht ausgezahlten Geldes, auch nach Verfluß der zwei Jahre angebracht wird.

In diesem Falle tritt nach dem Axiome, „*Excipiendo reus fit actor*“ die rechtliche Verbindlichkeit für den Excipienten ein, den Beweis seiner Einrede zugleich mit anzutreten. Die Unterlassung dieses Beweises-Antretung würde den Verlust des Beweises, somit der Einrede selbst nach sich ziehen.

Uebrigens haben hier dieselben Beweismittel, wie bei der Liquidation Statt, und es

ist bei deren Anwendung alles dasjenige zu beobachten, was hierüber oben (50 u. f.) gesagt worden ist. Nur hinsichtlich des Eides, wenn durch denselben die Exception oder auch die Replik bewiesen werden soll, ist man nicht so sehr an die Edictstage selbst gebunden, doch soll auch darüber auf jeden Fall in möglichst abgekürzten Terminen verhandelt werden ²⁰).

§. 61.

Form und Inhalt des Exceptions-Recesses.

Deutlichkeit, Ordnung und Vollständigkeit, als die nothwendigen Erfordernisse jeder Exceptionsschrift, sind besonders im Konkurse, wo alle Termine so strenge eingehalten werden müssen, mit zweckmässiger Kürze zu verbinden, und alles, was nicht zur Sache gehört, durchaus wegzulassen. Schriftliche Reccesse sind daher auch hier in der Regel nicht zuzulassen; eben so wenig aber auch generale Einreden, welche nach einem gewissen Formular, gleich einer Universal-Medizin, in allen möglichen Konkursen angebracht werden ²¹).

²⁰) Cod. jud. Cap. XIX. §. 12. nro. 3.

²¹) Ein merkwürdiges Beispiel eines solchen Exceptions-Recesses per Pausch und Bogen

Eben so gerecht als weise ist daher die bestimmte Vorschrift in der neuverbesser-

ist folgendes: von Seite des Paul Fischerschen-Anwaltes wird sich

- 1) *quoad utilia* auf die Exceptiones der übrigen Concreditoren bezogen.
- 2) allen denjenigen, welche kein- oder kein rechtsförmliches *Mandatum* oder *Ratificationem* beigebracht haben, *exceptio praecclusionis ex defectu mandati* entgegengesetzt, (eigentlich *exceptio deficientis Mandati* entgegengesetzt) und auf *Praeclusion* angetragen;
- 3) denjenigen aber, welche ihre Liquidationen auf That- und Umstände gegründet, und dieselbe mittelst Authentisirung, und ordentlichen Beweises nicht erhärtet haben, *exceptio praecclusionis ex capite deficientis liquidationis* opponirt, (eigentlich *exceptio deficientis probationis* opponirt, und auf *Praeclusion* angetragen), so wie
- 4) alle faktischen Umstände widersprochen werden;
- 5) in Rücksicht derjenigen Exceptionen aber, welche sich *ex actis* ergeben, oder sonst *juris* sind, wird gebeten, solche *ex officio* zu suppliren; endlich
- 6) kann man keinem Creditor ein Vorgangs-Recht wider dilsortige Forderung zugestehen, und noch weniger

ten Advokaten - Ordnung vom Jahre 1769.,
dafs die Exceptions - und Konklusions - Re-

- 7) einige Interessen in die Stelle des Hauptstockes passiren lassen, aufser einem gefreyten Jahrgange, und in soferne dieselbe alle Jahre ordentlich eingeklagt worden.
- 8) Wird allen denjenigen Hypothek - so andern Posten, in welchen nicht *versio in rem* erwiesen vorgetragen ist, die *Exceptio non versae in rem* entgegengesetzt;
- 9) denjenigen Handlungs-Consorten, die nicht gesetzmässig liquidiren, sondern nur blofse Extracte aus den Handlungsbüchern überreicht haben, (wird) die *Exceptio non sufficientis liquidationis* entgegengesetzt, eben so
- 10) allen denjenigen Waarenschulden, die vermöge Mandate de annis 1790 et 91. nicht ordentlich eingeklagt worden, die *exceptio praescriptionis* entgegengesetzt. etc. etc.

Alle diese Exceptionen wurden, wie sie da stehen, in einem Konkurse von einem Anwalde zu Protocoll dictiret, der eine Zechschuld zu liquidiren hatte, und sich beim Zusammenhalt des Inventars mit den gerichtlichen Hypothekschulden auf der Stelle überzeugen konnte, dafs schon der zweite Hypothekar-Gläubiger schwerlich mehr seine ganze Forderung erhalten werde.

cesse nicht zu generell abgegeben werden sollen ²²⁾).

Partheien und Anwälde müssen daher, so wie bei dem Liquidations- auch bei dem Exceptions-Recesse die größte Vorsicht beobachten, und dürfen sich durchaus nicht das mindeste Versehen zu Schulden kommen lassen, wenn sie nicht den Verlust ihrer Einreden, und dadurch selbst auch ihrer Forderungen erleiden wollen. Dafs übrigens die Bestimmtheit der Einreden, nothwendig auch bestimmte Anträge voraussetze, ist ohne weitere Ausführung einleuchtend, so wie sich eben hieraus auch die Nothwendigkeit bestimmter Anträge im Liquidations-Recesse ergibt ²³⁾).

§. 62.

Geständniß des Gemeinschuldners.

Dafs der Gemeinschuldner ebenfalls zu den Konkurs-Verhandlungen vorgeladen werden müsse, habe ich schon oben bemerkt. Die Nothwendigkeit der Ladung desselben,

22) A. G. S. v. I. 1771. pag. 36. §. 13. und Novellen zur b. Gerichts-Ordnung S. 338.

23) Vergl. oben §.

spricht sich auch schon allein dadurch aus, daß der Gemeinschuldner bei dieser Verhandlung immer noch das nächste Interesse hat. Jedoch ist hiebei wohl zu merken, daß

- 1) das Geständniß des Gemeinschuldners, oder dessen Agnition einer Schuldurkunde *nach einmal erregtem Konkurse* den übrigen Mitgläubigern an ihren rechtlichen Einwendungen lediglich nichts praejudiren könne. Nur, wenn andere erwiesene oder zugestandene Adminicula hinzukommen, kann dieses Gegengeständniß etwa die Zulassung des Erfüllungs-Eides motiviren. Für sich selbst aber macht dasselbe nie einen Beweis. Wohl aber hingegen kömmt
- 2) jedem Mitgläubiger alles dasjenige zu Guten, was der Gemeinschuldner gegen diese oder jene Forderung mit Fug wirklich einwendet, oder wenigstens einzuwenden hatte, falls diese Einreden von einem der übrigen Gläubiger angebracht werden. Wenn daher z. B. der Gemeinschuldner den ihm von einem Liquidanten deferirten Haupteid darüber, „daß er die gegen ihn eingeklagte Forderung nicht schulde“ abschwört, so unterliegt es keinem Anstande, daß hieraus auch für alle übrigen Gläubiger die rechtliche Wirkung erfol-

gen muß, daß ein solcher Liquidant aus der Gantmassa geworfen wird ²³⁾).

§. 63.

Exceptions - Protokoll.

Aus dem oben (§. 5. no. II.) aufgestellten Grundsätze, daß jeder einzelne Gläubiger Gegner aller übrigen Mitgläubiger sey, fließt von selbst die nothwendige Folge, daß es jedem Gläubiger freisteht, gegen alle übrigen Mitgläubiger zu excipiren, und sowohl in Bezug auf die Liquidität als Priorität der eingedungenen Forderungen alle seine Einreden anzubringen. — Allein mir ist noch kein Fall bekannt geworden, wo sich alle Gläubiger dieses Rechts in seiner ganzen Ausdehnung bedient hätten. Dasselbe ist auch um so weniger nöthig, als das Gesetz ²⁴⁾ der von einem Creditor angebrachten Exception ohnehin die Wirkung einräumt, daß dieselbe auch den übrigen Mitgläubigern, welchen etwa die nämliche *caussa contradicendi* zur Seite steht, zu Guten kömmt. Das gewöhnlichste und zugleich das kürzeste ist es, wenn, besonders in kleinern Konkursen,

²³⁾ Cod. jud. Cap. XIX. §. 6. nro. 2.

²⁴⁾ Cod. jud. Cap. XIX. §. 6. no. 3.

- 1) einer der Mitgläubiger gegen alle übrigen zu Protocoll excipirt, oder, was freilich nicht die Regel ausmachen darf, sondern so selten als möglich geschehen soll, seinen Exceptions-Recess schriftlich exhibirt, welchem sich sodann
- 2) die übrigen Gläubiger mit oder ohne Bemerkungen und Zusätze, je nachdem sie dieselben nöthig finden, insgesamt anschliessen, und zugleich ihre Einreden gegen denjenigen, welcher Statt aller excipirte, anbringen.

In größern Konkursen, wo, wenn jeder einzelne Gläubiger besonders excipiren, dann re- und dupliciren wollte, die Sache noch verworrener und weitläufiger werden würde, ist es am besten, wenn sich

- 3) die sämtlichen Gläubiger verstehen, jedoch vorbehältlich der allenfallsigen Bemerkungen oder Beisätze, welche jeder besonders nöthig finden möchte, dem Massa-Curator, der in solchen Fällen gewöhnlich ohnehin aus der Gemeinde der Advokaten gewählt wird, folglich für sich Jurist seyn muß, auch die Rolle des *Commun-Anwaltes* zu übertragen, und ihn ausdrücklich dazu zu bevollmächtigen, in ihrer aller Namen den Exceptions-Recess

zu Protokoll zu geben. Da jedoch, der gewählte Commun-Anwald möge auch anerkannt der beste Jurist seyn, es immer möglich ist, daß ihm eine oder die andere Einrede entgehe, so werden die Gläubiger und ihre Anwälde wohl thun, sich's ausdrücklich vorzubehalten, ihre etwa zweckmäßig oder nothwendig gefundenen Einreden, Bemerkungen oder Nachträge dem Recesse des Commun-Anwaltes anzureihen, was theils während, theils nach dem Exceptions-Recesse desselben geschehen kann, indem die Einsicht sämtlicher Akten dem Gemeinschuldner sowohl, als allen Gläubigern nie verweigert, oder auch nur erschwert werden darf ²⁵⁾).

§. 64.

Zufällige Verhandlungen am zweiten Ediktstage.

Da es zur Ersparung der Kosten für alle Gläubiger sowohl, als für die Masse selbst, eine der ersten Rücksichten des Konkurs-Gerichtes seyn muß, die Zusammentritte der Gläubiger, besonders wenn dieselben oder ihre Anwälde nicht am Sitze des Gerichts domicirt sind, so selten als möglich nöthig zu

25) Cod. jud. Cap. XIX. §. 9. nro. 3.

machen, so wird es immer gut seyn, wenn der zweite Ediktstag, wo alle Gläubiger ohnehin unter Präklusions-Strafe erscheinen müssen, zur Berichtigung aller jener Incidentpunkte verwendet wird, deren oben (§ 57.) am ersten Ediktstage ausführlicher gedacht wurde, und worauf sich hier ebenfalls bezogen wird.

§. 65.

Richterliche Verhandlungen zwischen dem zweiten und dritten Ediktstage.

Wenn einer oder auch mehrere Gläubiger zum Beweise ihrer Forderungen am ersten Ediktstage den Zeugenbeweis in der gesetzlich vorgeschriebenen Form angetreten haben, und die Weisungs-Sätze am zweiten Ediktstage nicht ausdrücklich oder stillschweigend zugestanden worden sind, so schreitet das Gericht während dem zweiten und dritten Ediktstage, und zwar ohne über die Relevanz der Artikel ein Erkenntniß zu erlassen, zur wirklichen Zeugenabhör selbst ²⁶⁾. Stehen die vorgeschlagenen Zeugen unter dem Gerichtszwange des Konkurs-Gerichtes, so werden dieselben auf gewöhnliche Art vorgeladen,

²⁶⁾ Cod. jud. Cap. XIX. §. 10. nro. 5.

und ihre Antworten auf die vorgehaltenen Artikel summarisch zu Protokoll genommen. Stehen sie aber unter einem andern Gerichtszwange, so werden die Artikel mit Requisitions-Schreiben dem competenten Gerichte, jedoch mit dem ausdrücklichen Ersuchen mitgetheilt, die Abhör selbst so zeitig vorzunehmen, daß die Depositionen noch vor dem dritten Ediktstage einkommen können. Siegelmäßige Zeugen deponiren übrigens auch im Konkurse schriftlich an Eides Statt *sub fide nobili, doctorati, sacerdotali* ²⁷⁾, und es ist überhaupt bei der Zeugenabhör alles dasjenige zu beobachten, was das Gesetz für den summarischen Zeugenbeweis ²⁸⁾ vorschreibt, weshalb sich's ohnehin versteht, daß der Richter offenbar untüchtige Zeugen ohne weiters von Amtswegen verwerfen müsse ²⁹⁾, in keinem Fall aber dieselben vereiden dürfe, wenn sie auch sonst *salvo jure* zugelassen werden.

§. 66.

Conclusions-Termin.

Unsere Gerichtsordnung kennt eigentlich nur drei Ediktstage, so daß am dritten, dem

27) Cod. jud. Cap. X. §. 14. nro. 4.

28) Cod. jud. l. c. §. 3.

29) Cod. jud. l. c. §. 12. no. 1. u. 2.

Conclusions-Termine, die Re- und Dupliks-Recesse zugleich abgegeben werden sollen. Dieß hat nun in kleinern Konkursen um so weniger einen Anstand, als an diesen Terminen ohnehin nichts neues angebracht und in der Regel auch nichts weiter mehr producirt werden darf, sondern nur die Verhandlungen des ersten und zweiten Ediktstages eigentlich näher ausgeführt werden sollen.

In größern Konkursen aber, besonders wo mehrere Zeugenbeweise mitunter laufen, mußte nothwendig, da das Gesetz keinen *Terminum ad quem*, bis zu welchem der Replik- noch minder aber, bis an welchen Tag der Dupliks-Termin reicht, manche Inconvenienz entstehen, welcher durch die Verordnung vom 9ten Aug. 1810 ³⁰⁾ aufs zweckmäßigste abgeholfen wurde, indem hiedurch erläuterungsweise festgesetzt ward, daß der dritte Ediktstermin in zwei gleiche Perioden zur Abgabe der Repliken und Dupliken als successiver und nicht gleichzeitiger Handlungen abgetheilt werden soll.

Wenn nun (was für gewöhnliche Konkurse bei Bauern auf dem Lande, oder bei Bürgern, welche kein besonders ausgedehntes

30) Allg. Reg. Bl. v. J. 1810. St. XXXVII. S. 29.

Gewerbe besitzen, genug seyn mag) für den ersten und zweiten Ediktstag jedesmal ein 30 tägiger Termin festgesetzt ist, so bleibt derselbe auch für den Conclusions-Termin die Norm, jedoch so, daß die erste Hälfte für den Re- die zweite aber für den Dupliks-Termin festgesetzt bleibt. Wenn daher der dritte Ediktstag z. B. auf den 1sten Juni angesetzt ist, so läuft der Replik-Termin bis zum 15ten desselben Monats einschlußsig, so, daß erst am 16ten der Dupliks-Termin anfängt und bis zum 30sten fortläuft, in welchen beiden Terminen die Gläubiger unter Präklusions-Strafe alles, was sie zum Behuf ihrer Re- und Dupliken einzubringen für nöthig erachten, an- und ausführen müssen.

Uebrigens versteht sich ohnehin von selbst, daß bei großen und wichtigen Konkursfällen, wo die Liquidations- und Exceptions-Termine schon auf mehrere Monate ausgedehnt werden müssen, auch mit dem Conclusions-Termine, besonders auf ausdrückliches Verlangen der Interessenten dasselbe beobachtet werden müsse, so daß also in einem solchen Falle auch für den Re- und Duplik-Termin eine Frist von 6 — 8 Wochen festgesetzt werden kann.

§. 67.

Replikstermin. a) Thätigkeit des Richters.

Am 3. Ediktstage hat der Richter wieder vor allem das Präsenz-Protokoll zu eröffnen, welches jedoch auch zugleich für den Dupliktermin gilt, so zwar, daß an demselben kein weiteres Präsenz-Protokoll mehr nöthig wird, sondern, wer einmal am 3. Ediktstage erschienen ist, sowohl den Re- als Dupliks-Termin hindurch seine Rechts-Nothdurft besorgen kann, ohne an dem Tage, an welchem der Dupliks-Termin beginnt, noch eine besondere Präsenz machen zu müssen.

Hiernächst eröffnet der Richter den Gläubigern das Replik-Protokoll, und publicirt denselben die Aussagen der inzwischen e vernommenen Zeugen, mit dem Anhange, daß es ihnen frei stehe, in einem kurzen, ebenfalls peremtorisch zu praefigirenden Termine, und zwar dem Producenten seinen Salvationsdem Producten aber seinen Refutations-Satz um so zuverlässiger zu übergeben; als ausserdem die Sache sofort als geschlossen angenommen werden würde ³¹⁾).

Wurde der Beweis durch Urkunden angetreten, und diese am zweiten Ediktstage diffi-

31) Cod. jud. Cap. XIX. §. 10. nro. 5.

birt, so hat der Excipient am dritten Ediktstage den Diffessions-Eid abzuschwören, der Producent aber den Beweis auf andere Art herzustellen. Jedoch muß er denselben unter Strafe der Praeklusion noch innerhalb dem Laufe des Replik-Termins antreten, wozu ihm übrigens alle Beweismittel, welche das Gesetz sonst im summarischen Beweise zuläßt, zu Gebote stehen, z. B. Zeugen, Vergleichung der Handschriften und der Erfüllungseid ³²).

Im Falle des durch den Eid angetretenen Beweises muß, wenn gegen die am ersten Ediktstage vorgelegte Formel und gegen den Eid selbst nichts eingewendet wurde, derselbe am dritten Ediktstage abgeschworen werden.

§. 68.

B. Thätigkeit der Gläubiger.

Diese wird an diesem, so wie auch am Dupliks-Termine, weder sehr schwierig noch auch weitaussehend seyn. Haben die Gläubiger und ihre Anwölde am Liquidations-Termine nichts versehen, so können sie höchstens die ihren Forderungen opponirten rechtlichen Einreden zu widerlegen und zu ent-

³²) Cod. jud. l. c. §. 11. nro. 4. und Cap. XI. §. 8.

kräften suchen. Haben sie aber wirklich etwas Wesentliches versehen, so können sie der entgegenstehenden Präklusiv-Kraft der Termine wegen, wenn es nicht durch Restitution möglich ist, das gemachte Versehen lediglich nicht mehr repariren. Nur wenn

1) gegen den Legitimations-Punkt excipirt wurde, können sie die obwaltenden Defecte noch am Replik-Termine, jedoch ebenfalls *sub poena praeclusi*, ersetzen.

Wenn

2) der Beweis einer faktischen Einrede am zweiten Ediktstage angetreten wurde, so versteht sich's von selbst, daß es dem Gläubiger, gegen welchen ein solcher Beweis angetreten worden ist, unbenommen sey, dagegen sich aller jener Rechtsmittel zu bedienen, welche oben (§. 59. u. folg.) den Excipienten gegen die Beweismittel der Liquidanten eingeräumt wurden. Ein allenfallsiger Gegenbeweis würde aber nur in soferne zulässig seyn, als dadurch nicht so fast der Liquidations-Receß etwa noch besser erprobt, als vielmehr der vom Excipienten angetretene Beweis seiner Exception entkräftet werden soll.

Uebrigens ist auch hier möglichste Kürze vorzüglich zu beobachten, und vom Richter

auch noch darauf zu sehen, daß die Replik-Recesse in derselben Ordnung wie die Liquidationen abgegeben werden. Doch gestattet das Gesetz auch hier die Einlegung schriftlicher statt mündlicher Recesse, verbietet aber, wie durchgehends im Concurse, ausdrücklich allen förmlichen Schriftenwechsel³³⁾.

§. 69.

Dupliks-Termin.

An diesem ist die Thätigkeit des Richters, da ein besonderes Präsenz-Protokoll nicht mehr nöthig ist, auch nicht sonderlich groß. Er hat, so wie sich ein Gläubiger oder ein Anwalt meldet, lediglich das Duplik-Protokoll zu eröffnen und dafür zu sorgen, daß auch die Duplik-Recesse in möglichster Kürze und der bisher beobachteten Ordnung gemäß zu Protokoll gegeben, oder die schriftlichen statt mündlicher Recesse gehörig adlitterirt werden.

Den Inhalt der Recesse an diesem Termine bestimmt übrigens schon für sich der Begriff einer Duplik, worin ihrer Natur nach nichts Neues angebracht werden darf, sondern sich lediglich darauf beschränkt werden

33) Cod. jud. Cap. XIX. §. 7.

mufs, zu erörtern, ob die am zweiten Ediktstage opponirten Einreden in der Replik beseitigt worden seyen, oder nicht.

Insbesondere können mit den Re- und Dupliks-Recessen auch zugleich, im Falle des angetretenen und ausgeführten Zeugen-Beweises, die gesetzlich gestatteten Salvations- und Refutations-Sätze verbunden und abgegeben werden, ausserdem dieselben in dem vom Gericht präfigirten Termin besonders übergeben werden müssen.

§. 70.

Actenschluss.

Ist solchergestalten alles, was sowohl den Punkt der Liquidität als der Priorität betrifft, vollständig verhandelt, ist hinsichtlich der am zweiten oder dritten Ediktstage nach angetretenem Beweis und Gegenbeweis, insbesondere durch den Eid (§. 53.), nichts weiter zu verhandeln nöthig, ist nicht etwa *incidenter* ein Restitutions-Gesuch angebracht, welches vorerst noch vollständig zu instruiren ist; so kann der Richter auch von Amtswegen den Actenschluss decretiren, und darf den Partheien in keinem Fall einen weitem Schriftsatz gestatten ³⁴⁾. — Die Acten werden viel-

34) Cod. jud. Cap. XIX. §. 7.

mehr, der dermaligen Collegial-Verfassung zu Folge, ohne weiters *ad referendum* ausgestellt.

Dass Vorträge in Konkursachen möglichst beschleunigt werden sollen, geht schon aus dem Zwecke der ganzen ohnehin möglichst zu beschleunigenden Verhandlung hervor, und es gehört wahrlich zu den grossen Gebrechen eines Untergerichts, wenn da oft eine unbedeutende Konkursache Jahrelang herumgezogen wird, die, wäre es dem Gerichte Ernst, wenigstens in erster Instanz immer in einem halben Jahre erledigt seyn könnte und sollte.

Vierter Abschnitt.

Prioritäts-Erkenntniss und Rechtsmittel dagegen.

§. 71.

Prioritäts-Erkenntniss.

Wer Gelegenheit hatte, mehrere Prioritäts-Erkenntnisse verschiedener Untergerichte auch nur eines Kreises in die Hände zu bekommen, der wird es kaum für möglich halten, dass alle diese an Form und Inhalt so verschiedenartigen Produkte auf die Basis eines und des-

selben Gesetzes gebaut seyen. Freilich läßt sich die Schwierigkeit keineswegs mißkennen, welche schon allein darin liegt, daß beinahe in allen Kreisen des Königreichs mehr oder weniger Bezirke sind, wo noch vor wenigen Jahren ganz andere Gesetze galten, und unser Judiciar - Codex erst ganz neu eingeführt wurde. Es ist sehr begreiflich, daß ein Beamter, welcher bisher nach preussischem Rechte Processe zu instruiren gewohnt war, sich unmöglich so leicht in den baierischen Judiciar-Codex finden könne, der durchaus, und besonders im Konkurse, auf einer von der preussischen Proceß Ordnung ganz verschiedenen Basis ruht; ja selbst Communisten übersehen leicht die bedeutenden Abweichungen unsers Konkurs - Verfahrens von den zum Theil schwankenden Bestimmungen des gemeinen Processes und den sehr häufig differirenden Ansichten der bewährtesten Proceß - Lehrer. — Denkt man noch dazu, daß selbst nur wenige der von der Schule in das praktische Leben übertretenden Juristen Gelegenheit haben, die Anwendung ihrer erlernten Proceß - Theorie, wenn ja auf der Schule der baierische Judiciar-Kodex eines eigenen Collegiums würdig geachtet wurde, ganz nach den Vorschriften und dem Geiste des Gesetz-

buches einzustudieren, so wird es nicht mehr so sehr befremden, wenn man oft, je nachdem der Referent es für bequem findet (selbst von einem und demselben Untergerichte) Prioritäts-Erkenntnisse in tabellarischer Form liest, andere, welchen die Entscheidungsgründe gleich unmittelbar nach jeder Forderung angehängt, wieder andere, wo dieselben den nach einander in den verschiedenen Klassen locirten Forderungen angereiht werden. In manchem solchen Erkenntnisse stehen die präkludirten Forderungen an der Spitze desselben; manche Gerichte lassen sie den Currentisten folgen. Nur selten sind solche Forderungen in jene Klasse eingereiht, in welche sie gehört hätten, wenn sie nicht wegen irgend einem Liquidations-Gebrechen hätten präkludirt werden müssen.

Schon allein daraus wird sich die Nothwendigkeit ergeben, mich *über den Inhalt* sowohl, als *die Form* eines Prioritäts-Erkenntnisses etwas umständlicher verbreiten zu müssen.

§. 72.

Dessen Inhalt.

Der Zweck des Konkurs-Processes ist die Herstellung eines peremptorischen Rechtszu-

standes aller Forderungen an einen Gemeinschuldner, und zwar sowohl in Hinsicht ihrer Liquidität als Priorität.

Beides war Gegenstand der Verhandlung, über beide Momente muß sich also auch das Prioritäts-Erkenntniss ausdehnen; es muß aussprechen, daß eine Forderung nicht nur erwiesen sey, sondern auch, daß sie in diese oder jene Klasse gehöre. Ausser den allgemeinen Erfordernissen jedes Erkenntnisses der möglichsten *Deutlichkeit* und zweckmäßiger *Kürze* erwarte ich daher an jedem Prioritäts-Erkenntniss die unerläßlichen Attribute

I. *der Vollständigkeit.* Dasselbe muß sich auf *alle Forderungen*, die nur immer am Liquidations-Termine, oder auch später etwa mittelst der Restitution angebracht wurden, erstrecken. Ja selbst über das Separations- oder Quasiseparations-Recht, wenn darüber zugleich an den Ediktstagen verhandelt wurde, muß sich dasselbe verbreiten.

II. *Der möglichsten Bestimmtheit.* Diese fordert, daß nicht nur über die Liquidität jeder Forderung erkannt, sondern daß dieselbe auch selbst auf den Fall, daß auf deren Präklusion erkannt wird, in jener Klasse vorgetragen werde, welche ihr gebührt hätte, wenn sie nicht wegen irgend

einem Mangel hätte präkludirt werden müssen.

Es ist daher ein wesentlicher Verstoß sowohl gegen die Vollständigkeit als die Bestimmtheit eines Prioritäts - Erkenntnisses, wenn der präkludirten Forderungen nur im Allgemeinen, und zwar an der Spitze oder am Ende des Erkenntnisses gedacht wird, und das Fehlerhafte dieser Methode fällt am einleuchtendsten in die Augen, wenn so ein präkludirter Gläubiger die Berufung ergreift, und vom höhern Richter zu seinen Gunsten erkannt wird, in welchem Falle sich dieser in der Verlegenheit befindet, dem Untergerichte, weil dasselbe über die Priorität noch nicht erkannt hat, vorerst aufzutragen, darüber noch nachträglich zu erkennen, wodurch natürlich die Sache nicht nur weitschweifiger gemacht, sondern statt *Einem* Erkenntnisse *zwei*, und nach Umständen noch mehrere durch alle Instanzen nöthig gemacht werden. Die Richtigkeit dieser Ansicht leuchtet auch noch aus dem Grunde ein, weil ein präkludirter Gläubiger auch nur unter dieser Voraussetzung die Möglichkeit hat, hinsichtlich der Location, wenn er hierin beschwert zu seyn erachtet, die Berufung zu ergreifen, und dadurch den Obergericht in den Stand zu setzen, sowohl über die Präklusion,

als auch, wenn dieselbe als unstatthaft erkannt wird, über die Priorität sprechen zu können, indem sonst über diese von der ersten Instanz wieder erkannt werden müßte, wenn man anders das Instanzen - Verhältniß nicht verletzen und ein oberrichterliches Erkenntniß in einem Falle erlassen will, wo noch kein ersterichterliches vorhanden ist. Uebrigens wurde schon oben bemerkt, daß

III. Forderungen, deren Liquidation schon vor erkanntem Konkurse *in separato* anhängig waren, oder die wegen ihrer großen Weitschichtigkeit oder ganz besonderer Eigenschaft *circa punctum liquidi in processu separato* verhandelt wurden, eventuell in die gehörige Klasse eingereiht ³⁵⁾, so wie

IV. in Fällen, wo der Richter den Ergänzungseid, der dagegen gemachten Einwendungen ungeachtet, für zulässig erachtet, die Location nur unter Vorbehalt der wirklichen Abschwörung desselben geschehen darf ³⁶⁾.

35) Cod. jud. Cap. XIX. §. 13. no. 6. u. §. 14.

36) Cod. jud. l. c. §. 12. no. 2.

§. 73.

Dessen Form.

Dafs das Prioritäts-Erkenntnifs, wie jedes andere, die Benennung des Gerichts nebst dem Namen des Gemeinschuldners, welchem seine sämtlichen Gläubiger als Kläger gegenübergestellt werden, im Eingange enthalten müsse, bedarf wohl keiner Erinnerung.

Hiernach werden

- 1) vor allem diejenigen Gläubiger, welchen das Separations - oder Quasi - Separations - Recht zusteht, vor allen übrigen, mit genauer Bestimmung der Summe oder des zu separirenden Objekts vorgemerkt. Hierauf folgen
- 2) die sämtlichen X. Klassen, und zwar so, dafs jede Klasse mit der römischen Zahl vorgemerkt wird, es möge auch gleich keine Forderung vorhanden seyn, welche sich in dieselbe eignet ³⁷⁾.
- 3) Die Unterabtheilungen, die in mancher Klasse vorkommen, werden mit arabischen Ziffern angezeigt, in dem Falle aber, dafs zwei oder mehrere Forderungen *pro rata*

³⁷⁾ Cod. jud. Cap. XIX. §. 15. no. 1.

zu concurriren haben, muß dasselbe besonders angemerkt und die Forderungen mit Buchstaben bezeichnet werden. — Uebrigens versteht sich's von selbst, daß der Betrag jeder Forderung an Hauptsache und Zinsen, soferne es möglich ist, genau angegeben werden müsse. — Nur bei bloß eventuell vorgemerkten Forderungen und den während der Dauer des Konkurses laufenden Zinsen genügt die generelle Vormerkung derselben, weil sich das Quantum der erstern erst aus dem zu erlassenden Erkenntniß ermessen, der Betrag der laufenden Zinse aber gar erst bei der Masse-Distribution herstellen läßt. —

4) Jede Forderung muß in die Klasse, welche ihr das Gesetz anweist, eingereiht werden. Hinsichtlich solcher Forderungen, welche der Richter zur Präklusion geeignet findet, habe ich schon oben das Nöthige angeführt. Hier finde ich noch anzumerken für nöthig, daß dieß auch mit den dem Heirathsgute wegen Alter der Hypothek oder legaler Verzicht vorgehenden Hypothekar-Gläubigern der Fall ist, welche ganz natürlich aus der ihnen zuständigen achten in die fünfte Klasse vor

dem Heirathsgute hinaufgerückt werden müssen ³⁸⁾).

Der Schluss enthält die Angabe des Tages, Monats und Jahres, nebst der Benennung des Ortes und der Fertigung des Gerichts-Vorstandes, dann des Secretairs oder Protokollisten, und Beidrückung des Amts-Siegels, zum Behuf der legalen Fertigung desselben.

§. 74.

Entscheidungsgründe.

Dafs auch den Prioritäts-, so wie allen übrigen Erkenntnissen die Entscheidungsgründe beigefügt werden müssen, unterliegt keinem Anstande; hinsichtlich der Form finde ich's ausfolgenden Gründen am zweckmässigsten, wenn dieselben gesondert dem Erkenntnisse blofs angehängt werden, weil

- 1) die Entscheidungsgründe nie ein integrierender Theil des Erkenntnisses selbst sind, sondern blos die Ansicht aussprechen, von welcher das Gericht bei Fassung seines Erkenntnisses ausgieng. Die Einschaltung derselben in das Erkenntnis selbst ist daher keineswegs nothwendig, ja, wenn es geschieht, so wird dadurch

38) Cod. jud. Cap. XX. §. 6. no. 2. in not. lit. b.

2) die Uebersicht des ganzen Prioritäts-Erkenntnisses sehr erschwert, besonders wenn oft, im Drange der Geschäfte, oder auch aus Bequemlichkeit bloß die Vorträge abgeschrieben werden, wo sich dann freilich oft das „Gutachten“ statt dem „Entscheidungsgrunde“ in einer solchen Abschrift gar artig ausnimmt. Ueberdies wird

3) bei Communicationen von Abschriften solcher Prioritäts-Erkenntnisse, besonders, wenn die Entscheidungsgründe mit oft unnöthiger Weitläufigkeit abgefaßt sind, fast immer eine zwecklose Vielschreibung verursacht, während es doch nur in sehr wenigen gar wichtigen Concursen der Mühe lohnen dürfte, solche Erkenntnisse abdrucken oder lithographiren zu lassen.

Auch die Fassung der Entscheidungsgründe ist nicht gleichgültig. Zu große Weitläufigkeit ist bei denselben eben so sehr zu vermeiden, als eine entweder Eile oder Sorglosigkeit verrathende Kürze. Ihr Zweck giebt auch hier die sichersten Normen für deren Fassung. Derselbe ist, die Ansicht des Richters, von welcher er bei der Erlassung seines Erkenntnisses ausgieng, den Partheien offen vorzule-

gen, und bei denselben die Ueberzeugung zu begründen, daß die Ansicht des Richters die wahre, daß sein Ausspruch gerecht seye. Indem ich in dieser Hinsicht auf die vorliegenden allerhöchsten Verordnungen vom 11. Sept. 1804 und 27. April 1813³⁹⁾ verweise, glaube ich, ausser den allgemeinen Erfordernissen der Deutlichkeit, Bestimmtheit und Gründlichkeit noch folgende Bemerkungen anfügen zu müssen:

- 1) Die Entscheidungsgründe müssen sich, so wie das Urtheil selbst, sowohl über den Punkt der Liquidität, als der Priorität verbreiten.
- 2) Wo es blos darauf ankommt, das Recht selbst nachzuweisen, kann allerdings eine kurze Anzeige des Gesetzes genügen; wenn hingegen
- 3) faktische Umstände widersprochen sind, und der Beweis selbst, besonders durch Zeugen geführt, angefochten wurde, muß in gedrängter Kürze alles Wesentliche ausgehoben, und in die Entscheidungsgründe aufgenommen werden, was zur Entscheidung überhaupt relevirt und ins-

³⁹⁾ Reg. Bl. v. Jahr 1804. St. XXXVIII. S. 817. und v. J. 1813. St. XXIV. S. 561 — 69.

besondere den Ausspruch des Richters motivirt.

§. 75.

Vormerkung der Activ-Massa.

Einige Untergerichte pflegen ihren Prioritäts-Erkenntnissen die Vormerkung des Betrages der Activ-Massa voranzusenden.

Das Gesetz befiehlt dieß nicht, auch spricht der allgemeine Gerichtsgebrauch in Baiern keineswegs dafür; indess erachte ich dasselbe dennoch nicht nur für zulässig, sondern selbst für sehr zweckmäßig, indem dadurch die Interessenten eine genaue Uebersicht des Verhältnisses des Aktiv- zum Passiv-Stande, und besonders der Oerrichter, im Falle einer Berufung, eine sichere Basis zur Computation der Appellations-Summe erhält, welche bekanntlich im Konkurse, so wie in allen Zivil-Rechtsstreiten vorhanden seyn muß, wenn die Berufung zulässig seyn soll.

Ist die Massa bereits versilbert, so findet die Vormerkung ihres Betrages ohnehin keinen Anstand, konnte dieselbe aber noch nicht an Mann gebracht werden, so kann der erhobene Schätzungspreis angegeben werden, um in dem Falle, daß sich durchaus kein annehmbarer Käufer finden sollte, und wo es auf die

Ausübung des *jus delendi* ankömmt, den Creditoren zugleich die Deliberation über die Frage zu erleichtern, ob sie dieses in den meisten Fällen sehr wagliche Recht ausüben sollen oder nicht.

§. 76.

Eröffnung des Prioritäts-Erkenntnisses.

Zur Publikation des Prioritäts-Erkenntnisses ist nach dem Judicial-Codex keineswegs eine Special-Citation der Gläubiger vonnöthen ⁴¹⁾. Nach demselben genügte es, daß die Sentenz *ad valvas publicas judicii* affigirt und jedem Gläubiger auf Anmelden eine Abschrift davon mitgetheilt wird. Diese Verfügung hatte lediglich keinen Anstand, so lange in Baiern noch das Institut der *Procuratoren* bei den Untergerichten bestund, und die gesetzliche Verordnung, daß auch abwesende Partheien am Sitze des Gerichtes immer einen *Insinuations-Anwald* bestellen mußten, genau beobachtet wurde. Allein da die ehemaligen *Procuratoren* bei den Untergerichten ganz aufgehört haben, und bei den wenigsten mehr als ein Advokat angestellt ist, auch die Vorschrift der Bestellung von *Insinuations-Man-*

41) Cod. jud. Cap. XIX. §. 15. no. 3.

datarien keineswegs allgemein befolgt wird, so thun die meisten Gerichte gewifs wohl daran, dafs sie es nicht bei der Affigirung solcher Erkenntnisse bewenden lassen, sondern durch Circular-Patente sämmtliche Gläubiger ausdrücklich zum Publikations-Akte vorladen. Indessen unterliegt es keinem Anstande, dafs auch die blofse Affiction genügt; nur hinsichtlich der königlichen Kron- und Stiftungs-Fiskale verordnet die allerhöchste Verordnung vom 5ten Nov. 1814 ⁴²⁾, dafs hier die oben angezogene Verfügung des Judiciar-Codex keine Anwendung finde, sondern an dieselben jedesmal eine Abschrift des gefällten Prioritäts-Urtheils gegen Empfangschein ausgefertigt, auch der einschlägige Akt, jedoch nur auf ausdrückliches Verlangen, mitgetheilt, die Appellations-Nothfrist aber in jedem Falle vom nächsten Tage nach der eingelierten Bescheids-Abschrift berechnet werden soll ⁴³⁾.

42) Regier. Bl. v. J. 1814. St. LXVII. S. 1697.

43) Bekanntlich läuft das Berufungs-Fatale gegen den Kameral- und Stiftungs-Fiskus im ordentlichen Prozesse nur vom Tage der geschehenen Akten-Einlieferung (Cod. jud. Cap. XIV. § 8. no. 8. dann *Meyer's* Gener. Samml. I. B. pag. 163.) Dieses *privilegium*

§. 77.

Rechtsmittel gegen Prioritäts-Erkenntnisse.

Gegen Prioritäts-Erkenntnisse läßt das Gesetz dieselben Rechtsmittel wie gegen andere Civil-Erkenntnisse zu, nämlich die *ordentlichen*, *Appellation* und *Revision*, dann die *ausserordentlichen*, *Nichtigkeitsbeschwerde* und *Restitutio in Integrum*, und will es damit ebenso, wie im ordentlichen Civil-Process gehalten wissen. Indessen fließen doch theils aus der Natur dieses Processes Eigenheiten, theils hat die Legislation einige besondere Bestimmungen für nothwendig erachtet, deren nähere Erörterung hier ihre Stelle finden soll.

§. 78.

Ordentliche Rechtsmittel. A. Appellation und Revision.

I. Das Appellations-Fatale.

Dieses setzt das Gesetz gegen ein Prioritäts-Erkenntnis, wie bei allen übrigen Civil-rechts-Erkenntnissen, in der Regel auf 60 Tage fest. Ausnahmsweise ist jedoch dieses Fatale abgekürzt

fisci wurde im Konkurse, und wie ich überzeugt bin, mit vollem Rechte als unzulässig erklärt.

- a) in Fällen, wo Wechsel - Forderungen mit im Konkurse vorkommen, auf 14 Tage⁴⁴⁾, welches auch
- b) in dem Falle, wenn Bierschulden, die sich des Wechselrechts zu erfreuen haben, Statt hat⁴⁵⁾.

44) Neue Wechsel - und Merkantil - Ordnung v. J. 1785. Cap. 11. §. 5. Lit. E. *Meyer's General. Samml. B. III. S. 74.*

45) Mandat vom 24sten Sept. 1806. §. XXXV. Regier. Bl. v. J. 1806. S. 385. Ein in einem besondern, durch die Anfrage eines Appellations - Gerichts im Jahre 1817. erlassenes allerhöchstes Rescript scheint zwar deßfalls andere Grundsätze aufzustellen, und das eben angezogene Mandat dahin zu erläutern, als ob in Harmonie mit dem Mandate vom 25. April 1811. Art. 28. (Regier. Bl. S. 634.) darunter mehr nicht, als bloß eine summarische Verhandlung zu verstehen wäre; allein da das erste Mandat allen Bierschulden 4 Wochen nach der Anforderung *die Vorzüge der Wechsel - und Merkantilschulden* einräumt, und obiges Rescript keineswegs als ein allgemein verbindendes Gesetz publicirt worden ist, folglich auch nicht als eine authentische Leutation angesehen werden kann, so werden sich die Gerichte wohl so lange, bis deßfalls die gehörige Publikation erfolgt, an den

Es verräth daher eine sehr groſſe Gesetzes-Unkunde, wenn manche Gerichte bei der Eröffnung des Prioritäts-Erkenntnisses die Betheiligten zu Protokoll aufmerksam machen, daſs, wer sich dadurch beschwert erachte, innerhalb 14 Tagen gegen das Prioritäts-Erkenntniſs appelliren müſſe, indem sie aus grobem Miſsverſtande das *fatale interponendae* gegen das Gant-Erkenntniſs (*decretum de aperiundo concursu*) (§. 22.) mit dem Appellations-Fatale gegen das Prioritäts-Erkenntniſs ſelbſt verwechſeln.

§. 79.

II. *Appellations - Summe.*

Diese ſoll, wenn von einem Unter- an ein Appellations - Gericht recurriert wird, in der Regel wenigſtens 50 fl. Rhnl. betragen ⁴⁶⁾, ohne daſs jedoch dem Obergerichter bei Berufungen gegen untergerichtliche Erkenntniſſe die Befugniſs benommen iſt, auch, wenn die *Summa gravaminis* die 50 fl. nicht ganz er-

klaren Sinn des Mandats vom Jahr 1806 halten, welches durch den Art. 28. der Verordnung vom 25ſten April 1811 keineswegs aufgehoben oder beſchränkt worden iſt.

46) Cod. jud. Cap. XV. §. 3. nro. 6.

reicht, die Appellations-Procasse dennoch zu erkennen ⁴⁷⁾).

Wird hingegen von einem Appellations- an das Oberappellations-Gericht des Reichs die Berufung ergriffen, so ist zu unterscheiden, ob

- a) zwei gleichlautende Erkenntnisse, gegen welche der weitere Recurs ergriffen wird, vorliegen, oder
- b) Ob das erstrichterliche Prioritäts-Erkenntnis in zweiter Instanz reformirt worden sey.

Im erstern Falle fordert das Gesetz eine Summe von 300 fl., in letzterem aber von 100 fl.

Es ist ersichtlich, daß es hiernach wirklich praktisches Interesse habe, zu untersuchen, wann ein Prioritäts-Erkenntnis als reformirt zu erachten sey?

Es kann keinem Anstande unterliegen, daß bei der Beantwortung dieser Frage auf die beiden wesentlichen Momente Rücksicht genommen werden müsse, daß

- 1) jedes Prioritäts-Erkenntnis, auch wenn es 50, 100 und noch mehrere Posten ent-

47) Verordn. v. 11ten Febr. 1811. Regier. Bl. v. Jahr 1811. St. XII. S. 235.

hält, keineswegs als ein Aggregat eben so vieler Erkenntnisse, sondern immer nur als *Ein Erkenntnifs* (§. 5. Nro. III.) betrachtet, und

2) dafs in jedem Falle immer nur auf die beschwerende Summe, (*Summa gravaminis*) nicht auf die Streites-Summe gesehen werden müsse⁴⁸).

Wenn ich daher gegen ein Prioritäts-Erkennthifs defshalb appellire, weil mir Johann Propst mit einer Forderung von 250 fl. prae-locirt und Franz Walter mit seinen 150 fl. in die VIII. Klasse locirt wurde, da dieser doch hätte präkludirt, jener aber unter die Currentisten hätte verwiesen werden sollen, so dafs ich also defshalb an meinem in die 5te Stelle der X. Klasse locirten Kapitale ad 1000 fl. wegen Unzulänglichkeit der Masse 400 fl. verlieren würde, und nun das Obergericht erkennt, dafs zwar Johann Propst mit seiner Forderung ad 250 fl. unter die Currentisten zu verweisen, dagegen aber Franz Walter nicht zu präkludiren, sondern in der ihm angewiesenen VIII. Klasse zu belassen seye, so sind zwar in *Hinsicht dieser Forderung* zwei gleichlautende Erkenntnisse vorhanden; allein, da

48) Cod. jud. Cap. XV. §. 3. lit. G.

jedes Prioritäts-Erkenntniß immer mehr als *Ein Ganzes betrachtet werden muß*, und in diesem Einen zwei *differente Aussprüche* der Gerichte erster und zweiter Instanz vorliegen, so ist es klar, daß ein solches Erkenntniß offenbar *als reformirt* zu erachten, folglich die Summe von 150 fl. zum Rekurse an das Oberappellations-Gericht allerdings zureichend seye. Die Sache wird um so einleuchtender, wenn erwogen wird, daß in diesem Falle schon auch die *Summa gravaminis differire*, indem dieselbe in erster Instanz 400 fl. gegen das Erkenntniß zweiter Instanz aber nur mehr 150 fl. beträgt. Auf eben diesem Satze der Einheit eines Prioritäts-Erkenntnisses ruht auch die rechtliche Begründung jener allerh. Verordnung vom 18. Febr. 1815, nach welcher in Fällen, wenn im Namen mehrerer Stiftungen, in einem und dem nämlichen Gravatorial-Libell, und aus gemeinschaftlichen Gründen, gegen ein Prioritäts-Urtheil appellirt wird, die Appellations-Summe nicht nach den einzelnen Forderungen für jede einzelne Stiftung, sondern nach dem Betrage aller Forderungen der gemeinschaftlich appellirenden Stiftungen zusammengenommen zu bemessen seyn solle.

§. 80.

III. *Nachweisung einer wirklichen Beschwerde.*

Dafs übrigens eine wahre wirkliche Beschwerde nachgewiesen werden müsse, darüber glaube ich wohl keiner besondern Erörterung zu bedürfen, indem es doch gewifs durchaus vergeblich wäre, gegen einen mir vorgesetzten Gläubiger aus dem Grunde, weil ich glaube, dafs er präkludirt werden sollte, diesen Antrag in Appellatorio zu prosequiren, wenn der Massa-Bestand, selbst wenn dieser Gläubiger seine volle Befriedigung erhält, demungeachtet auch noch zu meiner Befriedigung zureicht. Sollte aber der wahre Betrag der Aktiv-Masse noch unbekannt, z. B. das Anwesen noch nicht verkauft, und kaum der Erlös des Schätzungswerthes, was leider so oft der Fall ist, zu hoffen seyn, so kann es keinem Anstande unterliegen, dafs es in einem solchen Falle schon an der Beschleunigung der Verlustesgefahr genügt, wenn auch die gehabte Furcht sich in der Folge durch einen höhern Erlös als ungegründet zeigen sollte. Ia es können sogar Fälle eintreten, wo die Berufungs-InhäSION oder eine eventuelle Prinzipal-Berufung nöthig wird, gegen ein Erkenntnifs, nach welchem ich bei dem schon rein hergestellten Stande der Aktiv-

Masse meine volle Befriedigung hoffen darf; wenn nämlich ein anderer Mitgläubiger in eine höhere Klasse vorzurücken, sohin mich durch seine Berufung zu verdrängen sucht.

Ich setze den Fall, die rein ausgemittelte Masse beträgt 10,000 fl. Ich bin mit meiner Forderung ad 1500 fl. in der 5ten Stelle der X. Klasse locirt, und erhalte da bestimmt meine volle Befriedigung, weil das Eheweib mit ihrem Heirathsgute ad 2500 fl. wegen nicht vollständig geliefertem Beweise der Einbringung desselben praekludiert worden ist, so daß ich also lediglich keinen Grund zu haben scheine, gegen einen in die VIII. Klasse mit einem Kapitale von 2000 fl. locirten Hypothekar - Gläubiger die Berufung zu ergreifen, obwohl die bestimmte Hoffnung vorhanden wäre, gegen denselben, wegen nicht beigebrachter Legitimation zur Sache, das oberichterliche Erkenntniß auf Ausschluss von der Gantmassa zu erwirken. — Nun tritt aber die praekludirte Ehefrau mit der Berufung auf. Langt dieselbe damit aus, so sind meine 1500 fl. in der X. Klasse, wenn ich das erstrichterliche Urtheil in Rechtskraft übergehen lasse, verloren; ich muß also in diesem Falle der Berufung, soweit derselbe die Illaten der Ehefrau betrifft, inhäriren, wegen nicht

ausgesprochener Präklusion gegen das obige Kapital der 2000 fl. aber die Principal-Berufung ergreifen, es möge nun des Gantirers Ehefrau darüber appellirt haben oder nicht ⁴⁹⁾).

§. 81.

IV. *Form und Inhalt.*

Ueber die Form und den Inhalt einer Berufungs-Schrift glaube ich nicht nöthig zu haben, mich zu verbreiten, da hier ganz dieselben gesetzlichen Bestimmungen ⁵⁰⁾ wie im ordentlichen Verfahren eintreten, und in jedem Falle nur möglichste Kürze, nach der Natur des Konkurs-Processes zu empfehlen ist. Die Thätigkeit des Oerrichters beschränkt sich nach dem Codex einzig darauf, daß er vom Untergerichte die Akten abfordert, um nach denselben ohne weiteren Schriftenwechsel, und namentlich ohne eine Berufungs-Nebenverantwortung abzufordern, die erhobene Beschwerde erledigt. —

49) Man vergl. die allerh. Verordn. vom 26. Nov. 1816, besonders den §. 4. Rggs. Bl. v. J. 1816. St. XLIII. S. 845. und Cod. jud. Cap. XV. §. 9. nro. 3. u. 4., um sich zu überzeugen, daß mit der Adhäsion allein keineswegs alles, manchmal gar nichts geholfen seye.

50) Cod. jud. Cap. XV. §. 5.

§. 82.

V. *Berufungs-Nebenverantwortung.*

Im summarischen und ordentlichen Prozesse gebietet das Gesetz die Einholung der Berufungs-Nebenverantwortung von Seite des Appellaten ⁵¹⁾; im Konkurse will dasselbe ohne weitere Kommunikation bloß auf die *Acta priora* gesprochen wissen ⁵²⁾, so wie denn auch eine Berufungs-Nebenverantwortung, dadurch die Praxis nie erhellt wird.

Der Grund dieser verschiedenen Bestimmungen scheint mir theils darin zu liegen, daß dadurch eine Menge Schreibereien erspart werden sollte, die nothwendig erfolgen würden, wenn jeder Gläubiger von dem ihm zuständigen Rechte Gebrauch machen wollte, seine gesonderte Berufungs-Nebenverantwortung einzureichen. Man denke sich da nur den Fall, daß 60 Gläubiger in einem Konkurse interessirt sind, und davon nur 10 appelliren! Theils ist aber dieser Schriftsatz in der Appellations-Instanz nicht nöthig, weil in Konkursen der aus der alten Gerichts-Verfassung hergenommene Grund,

51) Cod. jud. Cap. XV. §. 7. nro. 1.

52) Cod. jud. Cap. XIX. §. 16. no. 1.

„weil niedere Gerichte ihren Bescheid nicht
„allezeit genug zu vertheidigen wissen⁵³⁾,
schon früher nicht existirte, jetzt aber gar
nicht mehr denkbar ist. Denn schon nach
der alten baierischen Gerichts - Verfassung
stund weder den Hofmarks - Gerichten, noch
den mit der Gerichtsbarkeit versehenen Ma-
gistraten die Verhandlung einer *offenen Gant*
(*Concursus universalis*) zu; selbst erstern war
nur die Verhandlung einer sogenannten *stillen*
Gant gestattet⁵⁴⁾, und gegenwärtig, wo bei
Besetzung der Land - sowohl, als der Herr-
schaftsgerichte durchgehends nur auf fähige
und rechtskundige Individuen gesehen wird,
kann davon ohnehin keine Rede mehr seyn.
Da übrigens *in appellatorio* ohnehin kein *no-
vum* zulässig ist, so fällt auch aus diesem
Grunde die Nothwendigkeit der Berufungs-
Nebenverantwortung hinweg.

§. 83.

VI. *Nachricht von der ergriffenen Berufung
an die Mitgläubiger.*

Es läßt sich nicht miskennen, daß das Ge-
setz dadurch, daß ein Konkurs - Gläubiger bis-

53) Cod. jud. Cap. XV. § 7. in notis.

54) v. *Chlingensberg* tract. jurid. de Hofm.
jure in Bav. Cap. X. §. 6 — 9.

her von einer oder auch mehreren Berufungen seiner Mitgläubiger eher keine Kenntniss erhielt, als bis etwa schon das appellationsgerichtliche Erkenntniss erfolgt war, so dass also sehr oft der Fall eintreten konnte, dass ein Gläubiger, hatte er von der Berufung eines andern Kenntniss erhalten, derselben entweder adhärirt, oder gegen einen andern Mitgläubiger *principaliter* appellirt haben würde, welches er bei der entgegenstehenden Rechtskraft des erstrichterlichen Prioritäts-Erkenntnisses in allen jenen Punkten, in welchen nicht appellirt worden ist, nicht mehr kann. Es war daher eine dringende Forderung der Gerechtigkeit, dass durch die eben angezeigte allerhöchste Verordnung vom 26sten Nov. 1816. diese Lücke ergänzt wurde, obgleich durch dieselbe, wie ich eben vorher bemerkte, der Mangel keineswegs ganz gehoben ist. Ich glaube in dieser Hinsicht auf v. Gönners Anträge in seinem Entwurfe eines Gesetzbuches über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsachen, in Betreff des Anmeldens der Appellation⁵⁵⁾ aufmerksam machen zu müssen, von denen zu

55) v. Gönners Entwurf B. IV. Kap. II. §. 10. S. 351.

wünschen gewesen wäre, daß in der angeordneten Verordnung der geeignete Gebrauch hätte gemacht werden mögen, weil *nur diese Vorschriften* der unverletzbaren Rechtsgleichheit aller Theile entsprechen, und ausserdem ein Gläubiger nur durch die höchste Wachsamkeit, oder gar durch eventuelle Berufungen sich gegen Gefahr schützen kann.

§. 84.

Wirkungen der Berufung.

Jede Berufung, auch im Konkurse, hemmt in der Regel die Vollstreckung des Erkenntnisses, gegen welches die Berufung ergriffen wurde. Weil aber die Wirkung nie größer, als die Ursache seyn darf, so liegt die gesetzliche Bestimmung in der Natur der Sache, daß

- 1) der Suspensiv-Effect sich nie weiter, als auf jene Punkte, worüber insbesondere appellirt wurde, und was mittelst unzertrennlicher Consequenz davon abhängt, erstrecke ⁵⁶⁾).

Dieser Verfügung entspricht auf der andern Seite wieder der Satz, daß die Wirkung der

56) Cod. jud. Cap. XIX. §. 16. nro. 2.

Berufung der Ursache entsprechen müsse, wornach also

2) die von einem Gläubiger eingewendete Berufung auch

a) den übrigen Mitgläubigern, so weit sie den nämlichen Grund der Beschwerde (*causa gravaminis*) für sich haben, zu Guten kömmt, daß sich aber

b) der Appellant des beym Obern Richter erhaltenen obsieglichen Urtheiles nur gegen den Appellanten, nicht aber auch gegen andere Mitgläubiger, gegen welche er die Berufung nicht ergriffen hat, bedienen könne ⁵⁷⁾.

Der Grund dieser letzten Bestimmung liegt offenbar in der Rechtskraft eines nicht angefochtenen Erkenntnisses, so wie sich die ersten zwei Bestimmungen von selbst rechtfertigen, um ihrer unbezweifelten Klarheit halber wohl keine weitläufigere Erörterung erheischen.

§. 85.

B. Revision.

Wenn gegen ein appellationsgerichtliches Erkenntniß der weitere Rekurs an das Ober-

18) Cod. jud. l. c. nro. 3.

Appellations - Gericht ergriffen wird, so treten hinsichtlich der Fatalien und der Appellations - Summe, dann der Nachweisung einer wirklichen Beschwerde, die oben (§. 78. 79. 80) schon angegebenen Bestimmungen ein. Daß auch hier von dem ergriffenen Rekurse den Gläubigern durch das Gantgericht Nachricht ertheilt werden müsse, bestimmt theils die oben angezogene allerhöchste Verordnung vom 26sten Nov. 1816 wörtlich, theils geht dieß schon für sich aus dem Grunde und Zwecke dieser Verordnung hervor.

§. 86.

Ausserordentliche Rechtsmittel.

a) *Restitutio in Integrum.*

Bei dem Gesuche um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist vor allem darauf zu sehen, ob die Gant - Masse nach dem erlassenen Prioritäts - Urtheil schon unter die Gläubiger vertheilt ist, oder nicht. Im erstern Falle, wenn sohin nicht mehr *res integra* vorhanden ist, kann einem solchen Restitutions - Gesuche unter keinerlei Vorwande nicht mehr Statt gegeben werden; wohl aber in dem zweiten, wenn die Masse noch nicht distribuiert ist, wo dann über dasselbe auf die nämliche

Art, wie im summarischen Prozesse verhandelt werden muß⁵⁸⁾.

§. 87.

Verhandlung darüber.

Ich halte es nicht für überflüssig, auch darüber in der Kürze die wesentlichen gesetzlichen Normen anzugeben.

Es fließt aus der Natur der Sache, daß dieses ausserordentliche Rechtsmittel nur dann, wenn kein ordentliches mehr Statt hat, in Anwendung kommen könne.

Soviel den Konkurs-Proceß betrifft, ist dabei wesentlich zu unterscheiden, ob

- a) bloß gegen den Ablauf der Berufungs-Nothfrist, oder eines Präjudicial-Termins, oder aber
- b) gegen ein bereits erlassenes Erkenntniß die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachgesucht werde.

Im erstern Falle genügt die bloße Minderjährigkeit, oder die Bescheinigung einer andern rechtserheblichen Ursache, wenn die Restitution nach gehobenem Hindernisse nur innerhalb so viel Zeit, als man *re adhuc integra* gehabt hätte, nachgesucht wird, wonach theils

58) Cod. jud. Cap. XIX. §. 16. no. 4.

gleich von kurzer Hand (*brevi manu*), wie z. B. bei Stiftungen, ohne Vernehmung der Gläubiger dem Antrage deferirt, oder wenn das angebliche Hinderniß nicht *in continenti* nachgewiesen, sondern vor der Hand nur bescheinigt ist, z. B. bei Vorschätzung der Abwesenheit, zugleich mit der Hauptsache auch *summario* darüber verhandelt³³⁾, und in dem zu erlassenden Erkenntnisse sowohl über (die Restitution, als in der Hauptsache selbst erkannt.

Anders verhält es sich aber, wenn die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen ein erlassenes Erkenntniß (*restitutio contra sententiam*) nachgesucht wird.

Dieses hat

1) aus gar keinem andern Grunde, als wegen neuen Thatumständen (*ex novis*) Statt.

Diese müssen aber

a) *wahre nova* seyn, worüber der nachsuchende Theil genugsamen Beweis liefern, oder sich zum Eide darüber er bieten muß, daß er dieselben früher nicht wufste, oder die nachgetragenen Behelfe (z. B. Dokumente) eher nicht zu Handen bringen konnte;

33) Cod. jud. Cap. XVI. §. 1. no. 11.

- b) müssen dieselben *erheblich*, d. i. solche *neue Thatumstände* seyn, welche *den Thatbestand* in der Hauptsache *wesentlich verändern*, so dafs, wenn sie der Richter früher gewusst hätte, und sie in den Akten erwiesen vorgelegen wären, das Erkenntnifs gewifs anders ausgefallen seyn würde. Endlich mufs dieses Gesuch
- c) jedesmal längstens innerhalb 4 Monaten von der Zeit an, da sich die *nova* hervorgethan haben, und zwar allezeit beim Gerichte der ersten Instanz angebracht werden, selbst auch dann, wenn das Erkenntnifs etwa von einer höhern oder selbst der obersten Instanz erlassen worden wäre⁶⁰).

Wesentlich ist hiebei, dafs

2) mit dem Restitutions-Punkte, wie selbst im ordentlichen und summarischen Verfahren, zugleich auch allezeit die Hauptsache mitverhandelt und entschieden werden mufs⁶¹). Dafs dieser Grundsatz vorzüglich im Konkurse, wo alles so sehr auf die Abkürzung und Beschleunigung des Verfah-

60) Cod. jud. Cap. XVI. §. 1. no. 2. seq.

61) Cod. jud. l. c. no. 9.

rens abzweckt, mit aller Strenge von den Gerichten gehandhabt werden müsse, bedarf kaum einer Erwähnung, weshalb Anwälde, welche vor der Hand sich bloß auf das Restitutions-Gesuch beschränken, und die Liquidations-Behelfe erst nachhin, wenn der Restitutions-Punkt entschieden ist, nachtragen zu dürfen glauben, ihre Klienten sehr gefährden, weil, wenn die Einrede der versäumten Liquidation opponirt wird, das Restitutions-Gesuch, als unnütz, nothwendig verworfen werden muß.

§. 88.

Nichtigkeits-Beschwerde (querela nullitatis).

Auch mit dieser hat es, wie mit dem Restitutions-Gesuch, durchaus die nämliche Beschaffenheit; sie kann also, nach gänzlich vertheilter Masse, ebenfalls nicht mehr angebracht werden⁶²). Daß der baierische Judicial-Codex übrigens nur den Mangel der Gerichts-Zuständigkeit (Jurisdiction) und der

62) Cod. jud. Cap. XIX. §. 16. no. 5.

Ladung (Citation) als unheilbare Nullitäten kenne, bedarf kaum einer Erwähnung ⁶³⁾.

Fünfter Abschnitt.

Von der Verwaltung der Aktiv- Masse, und der Execution im Konkurse.

§. 89.

Vom Güterpfleger.

Wie wir oben (§. 57.) gesehen haben, so gehört es mit zur Obliegenheit des Gerichts, auch für die Erhaltung und Vermehrung der Masse zu sorgen. Diefs geschieht durch die Wahl oder Aufstellung eines Güter-Pflegers (Masse-Curators), welcher in jedem Falle,

63) Cod. jud. Cap. XIX. § 16. no. 5. Zwar begründet nach Cod. jud. Cap. VII. §. 1. auch der Mangel der Vollmacht eine unheilbare Nullität, und es scheinen sohin drei Nullitäten auch nach baierischem Prozesse Statt zu haben. Allein da der Mangel der Legitimation nothwendig den der Citation nach sich zieht, so ist jene unter dieser schon begriffen.

wo das der Gant unterliegende Vermögen groß ist, und insonderheit in liegenden Gründen oder Activ-Forderungen besteht, nothwendig bestellt werden muß, es mögen die Gläubiger darauf antragen oder nicht, weshalb, wenn sich dieselben über die Wahl des Masse-Kurators nicht vereinigen können, dem Gerichte die Befugniß der Ernennung desselben durch das Gesetz eingeräumt wird ⁶⁴). Diese ist nun bei Bauerngütern auf dem Lande nicht sonderlich schwierig, indem da meistens der Gemeinde-Vorstand, der Steuer-Einnehmer, oder sonst ein redlicher, des Lesens, Schreibens und Rechnens kundiger Mann als Güter-Pfleger aufgestellt und gehörig verpflichtet wird, dessen Wahl die Gläubiger, besonders die entfernten, ohnehin immer dem Gericht überlassen müssen, welches in diesem Falle natürlich die beste Orts- und Personen-Kenntniß hat. Hiebei kann ich aber nicht unbenutzt lassen, daß jene Gerichte allerdings ihre amtlichen Obliegenheiten entweder nicht kennen, oder nicht erfüllen wollen, welche, wie es so häufig geschieht, den Gantierer und seine Familie oft Jahre lang (ich kenne unbedeutende Konkurse, wo die Gläubiger oft 3 — 4

64) Cod. jud. Cap. XIX. §. 18. no. 1.

Jahre vergebens auf das Prioritäts-Erkenntniß warten) in dem Gute sitzen und davon zehren, eigentlich dasselbe verzehren lassen. Und so ein Gantierer befindet sich dann natürlich ganz vortrefflich dabei. Er bleibt im Genusse des Gutes, zahlt weder Staats- noch grundherrliche Abgaben, noch Kapitals-Zinse, läßt nichts an den Baulichkeiten richten, und legt, wenn er klug ist, noch einen Spar- und Nothpfennig für sich zurücke, unbekümmert, ob seine gutmüthigen Gläubiger ihre Forderungen ganz oder doch größtentheils verlieren, weil bei einem solchen Gute gewöhnlich nach 3 oder 4 Jahren der zu erlösende Kaufschilling um ein Drittheil, wo nicht noch mehr, hinter dem Schätzungs-Preisse zurück bleibt.

Zwar gebe ich gerne zu, daß es bei kleinen Bauerngütern, besonders wenn sie mit Natural-Ausnahmen noch lebender Eltern belastet sind, nicht immer räthlich sey, den Gantierer sogleich aus dem Gute zu werfen, und dasselbe durch fremde Leute bestellen zu lassen, weil da gewöhnlich die Kosten der Verwaltung den Ertrag bei weitem übersteigen. Allein sehr zweckmäßig und entsprechend fand ich in vielen solchen Fällen die Vornahme der theilweisen Verpachtungen der

zu einem solchen Gantgute gehörigen Gründe, wo dann der Gantierer gewifs immer sehr zufrieden ist, wenn ihm bis zum Ausgang der Sache das Haus nebst einigen Gründen gleichfalls um einen billigen Pachtschilling, oder etwa wenigstens gegen Abführung der Staatsabgaben überlassen wird, eine Vorkehr, die in solchen Fällen selten ihren Zweck verfehlen dürfte. Ob dieselbe Vorkehr bei Anwesen gewerbtreibender Bürger in Städten und Märkten, z. B. Bierbräuern, Metzgern, Beckern u. dgl. zweckmäfsig sey, hängt meistens von besondern Orts- und andern Verhältnissen ab, die immer dem Gericht am besten bekannt seyn müssen, und worin daher auch nur dasselbe die zweckmäfsigsten Vorschläge machen kann.

Ein ganz anderes Verhältnifs tritt aber ein, wenn das Vermögen sehr grofs ist, und zum Theil aus verschiedenartigen Gegenständen besteht, wenn z. B. ein Besitzer mehrerer Landgüter, einer grofsen Handlung u. dgl. der Gant unterliegt, wo sichs also um die Einhebung und ordentliche Verrechnung verschiedener Renten und Gefälle, Beitreibung ausstehender Activen, manchmal auch Führung von Processen handelt u. dgl.

In einem solchen Falle gebietet die Noth-

wendigkeit die Aufstellung eines Rechts- und Rechnungskundigen Mannes, welcher gewöhnlich aus der Zahl der am Sitze des Gantgerichtes wohnenden Advokaten gewählt wird, indem sich selten ein Mitgläubiger finden wird, der sich diesem Geschäfte, wenn er auch die erforderlichen Eigenschaften dazu besäße, unterziehen möchte.

§. 90.

Dessen Verbindlichkeiten.

Ist der Güterpfleger durch die Wahl bestimmt, oder vom Gerichte bestellt, so ist derselbe vor allem gehörig zu verpflichten ⁶⁵⁾ und dafs es geschehen, ein förmliches Protokoll darüber abzuhalten.

Ist dieß geschehen, so wird ihm

- I. unverweilt das gesammte Vermögen, nach dem hierüber hergestellten, oder, wenn es noch nicht geschehen, sogleich herzustellenden Güter-Verzeichnisse (Inventar) zu dem Ende eingeräumt, dafs er solches
- II. während dem Laufe der Konkurs-Verhandlungen getreulich verwalte, alles, was zur Gantmasse gehört, und sich etwa

65) Cod. jud. Cap. XIX. §. 18. nro. 2. et in not. lit. b.

in andern Händen befindet, wieder dahin zurücke zu bringen trachte, ausstehende Activen beitreibe, und zahlungsflüchtige Schuldner nöthigen Falls selbst vor den Gerichten belange.

Es würde zu weit führen, hier die Rechte der Gläubiger auf die etwa vom Gemeinschuldner vor erlassenem Konkurs - Dekrete veräußerten Massestücke, (was während dem Konkurse, oder auch nach schon erlassenen gerichtlichem Veräußerungsverbote noch von der Masse entfernt wird, ist durchaus nichtig und kraftlos. Cod. jud. Cap. XIX. §. 19. nro. 4.) aufzuzählen, indem da wohl die ganze Lehre der *rei vindication* und der *actio hypothecaria* gegen dritte Besitzer eingeschaltet werden müßte. Daher hier darüber nur in Kürze Folgendes: 1) Integrirende Theile der Aktiv-Masse, wenn dieselben ohne Eigenthumstitel in andern Händen sich befinden, ohne Anstand mit der Eigenthums- oder doch der Hypothekarklage reklamirt werden. Dasselbe ist der Fall, wenn 2) der Besitzer eine solche Sache *titulo lucrativo* erwarb, oder bei der Erwerbung derselben sich eine Gefährde zu Schulden kommen liefs. In diesen beiden Fällen hat auch gar keine Werthserstattung statt. Hat 3) der Gemeinschuldner zum Nach-

theil älterer Hypothekar - Gläubiger jüngern, oder gar unbevorzugten Gläubigern integrierende Theile der Masse an Zahlungsstatt überlassen, so können diese veräußerten Objekte, wenn sie anders noch in natura vorhanden, oder derselben Eigenthum nicht praescribirt ist, immer mit der Hypothekarklage reklamirt werden, diese Gegenstände mögen nun in liegenden Gründen, Mobilien, oder Kapitalbriefen bestehen. — 4) Andere Gläubiger hingegen, denen weder ein besonderes, noch ein allgemeines Hypothekarrecht zur Seite steht, können solche Veräußerungen nur auf den Fall widerrufen, wenn aus den Umständen erhellt, daß dieselben nicht redlich, sondern gefährlicher Weise zu ihrem Präjudiz und Schaden geschehen seyen⁶⁶⁾. Daß in einem solchen Falle den Gläubigern keineswegs der strenge Beweis der Gefährde aufgebürdet werden könne, sondern daß es genüge, wenn dieses nur aus den Umständen erhellet, darüber kann die bestimmte Fassung des Gesetzes keinen Zweifel übrig lassen.

Uebrigens ist es wohl klar, daß jeder Masse - Curator

66) Cod. jud. Cap. XIX. §. 15. nro. 1 — 3. Vergl. auch §. 94.

III. über seine geführte Verwaltung vor dem Konkurs - Gerichte förmliche Rechnung ablegen muß. Bei grossen Konkurs-Massen muß dieses wohl alljährlich geschehen, und die Gläubiger werden in einem solchen Falle sogar wohl thun, sich durch monatliche oder doch vierteljährige Kassa - Extracte immer in einer fortwährenden Uebersicht der Aktiv-Masse zu erhalten.

IV. Sachen, die sich ohne Schaden nicht wohl erhalten lassen, soll der Güterpfleger ohne Anstand veräussern, bei allen andern aber, und besonders bei Realitäten, oder sonst Sachen von grossem Werthe, z. B. Schmucke, Gemälde - oder Büchersammlungen, immer die Genehmigung der Gläubiger einholen, so wie er auch

V. über den Erlös aus solchen verkauften Massestücken nicht eigenmächtig disponiren, noch weniger solche Gelder gar in seinen eigenen Nutzen, oder z. B. zu Handels-Speculationen verwenden darf, sondern dieselben vielmehr mit Genehmigung der Gläubiger sie auf Zinsen ausleihen, oder, wenn keine Gelegenheit hiezu da ist, beim Gerichte hinterlegen muß.

Eine der vorzüglichsten, aber nur sehr wenig beachtete Obliegenheit des Güterpflegers ist aber

VI. daß er sich um Käufer für das Gantgut umsehen soll.

Leider beachten diese doch so bestimmte gesetzliche Vorschrift weder die Gerichte, noch die Güterpfleger genugsam, und so bestätigen noch fortwährend hundert und hundert Beispiele die Wahrheit des alten Sprichworts: „Sequester machen leere Nester“, indem auch der rechtlichste, geschickteste und fleißigste Güterpfleger immer unvermeidlich große Kosten verursacht, und man wenige Beispiele wissen wird, wo, auch bei einer beträchtlichen Rente, und selbst wenn alle Zinse stocken, große Renten - Ueberschüsse zurückgelegt werden, so daß also der Verkauf in solchen Fällen, wenn sich anders eine nur einigermaßen günstige Gelegenheit darbietet, immer bei weitem vorzuziehen, und diese Obliegenheit deshalb jedem Güterpfleger besonders ans Herz zu legen ist⁶⁸).

67) Cod. jud. Cap. XIX. §. 18.

§. 91.

Dessen Rechte.

Als Verwalter einer fremden Sache hat jeder Güterpfleger, er möge nun selbst Gläubiger der Masse, oder ein nicht betheiligter Dritter seyn, das Recht,

I. alle nöthigen und erweislichen, auf die Masse verwendeten Kosten sich aus derselben zu vergüten. Hat er wegen Mangel oder Unzulänglichkeit des Ertrags der Masse aus seinem Eigenen Vorschusse gemacht, so räumt ihm

II. das Gesetz in einem solchen Falle gleiches Vorzugsrecht mit den Gerichtskosten ein.

Das dieselben liquid und besonders bei grössern Konkursen durch eine förmliche, den Gläubigern zur Erinnerung vorzulegende, und nach beantworteten Bedenken gehörig zu verbescheidende Rechnung nachgewiesen werden müssen, geht aus der Stellung des Güterpflegers zu den Gläubigern schon für sich hervor, weshalb es eine zu grosse Ausdehnung der amtlichen Befugnisse mancher Gerichte ist, wenn dieselben oft solche Pauschrechnungen eines Güterpflegers theils ohne, theils nur nach oberflächlicher Prüfung in das Prioritäts-Urtheil aufnehmen, durch welches die Gläu-

biger meistens zuerst davon Kenntniß erhalten.
Endlich gebührt

III. dem Güterpfleger auch eine seinen
Dienstleistungen angemessene Belohnung.

Am kürzesten und sichersten für ihn und
die Gläubiger bleibt es immer, wenn darüber,
mit Rücksicht auf die GröÙe der Masse, die
Verworrenheit derselben, und die Menge der
etwa nothwendigen Geschäfte, eine bestimmte
jährliche Summe durch Uebereinkommen fest-
gesetzt, dann, falls Geschäfts-Reisen nöthig oder
Processe zu führen sind, die Fuhrlohne und
Taggebühren, dann Taxen und Deserviten im
voraus bestimmt werden, um in der Folge
Streitigkeiten darüber zu beseitigen.

Ist darüber nichts vorgetragen, oder kann
sich am Ende der Güterpfleger mit den Gläu-
bigern nicht vereinigen, so räumt das Ge-
setz ⁶⁸⁾ dem Gerichte die Befugniss ein, über
das Honorar nach Billigkeit zu erkennen.
Daß dessen Vorzugsrecht den Gerichtskosten
gleichstehe, wurde schon oben bemerkt. Uebri-
gens weicht unser Gesetz auch darin von den
Vorschriften des gemeinen Rechts ab, daß es

IV. die Uebernahme eines solchen Geschäfts
jedem, selbst auch in einem andern Ge-

68) Cod. jud. Cap. XIX. §. 18. no, 9.

rechtsbezirke wohnenden Staatsbürger, wenn er nicht eine besonders erhebliche Ursache der Weigerung hat, zur Verbindlichkeit macht, und an die Weigerung eines Gläubigers derselben Masse sogar den Rechtsnachtheil des Verlustes seiner Forderung knüpft⁶⁹⁾. Allein schon die gelehrten Anmerkungen enthalten die sehr richtige Bemerkung, daß die Zwangs-Verordnung schon damals, so wie jetzt, beinahe überflüssig war, indem ein solcher Güterpfleger nicht nur nichts mehr umsonst thun darf, sondern demselben gewöhnlich so reiche Gehalte und Taggebühren ausgesetzt werden, daß sich wohl der Mühe lohnt, sich darum ernstlichst zu bewerben. — Doch darf sich

V. ein solcher Güterpfleger keineswegs der einmal übernommenen Verwaltung eigenmächtig und nach Willkühr entschlagen; wohl aber steht es

VI. den Gläubigern frei, denselben aus rechtserheblichen Ursachen wieder abzuändern, und statt ihm einen andern aus ihrem Mittel, oder sonst durch die Stimmenmehrheit zu wählen, oder ihm we-

69) Cod. jud. Cap. 18. no. 7. et in not. lit. g.

nigstens einen oder mehrere Mitpfleger an die Seite zu stellen, in welchem Falle sodann einer ohne den andern nichts verfügen darf, wenn nicht etwa die denselben ertheilte Vollmacht, (Curatorium) eine andere Bestimmung enthält. Uebrigens mag es

VII. aus der Ansicht, daß eine solche Güterpflegschaft eine Last seye, fließen, daß das Gesetz dem Güterpfleger nur den Ersatz eines Schadens durch merklichen Unfleiß (*praestatio culpa latae*⁷⁰⁾ zur Verbindlichkeit macht, so wie

VIII. den Gläubigern auf dem Vermögen desselben keineswegs ein gesetzliches Pfandrecht gebührt, weshalb dasselbe, wenn sich die Gläubiger durch die eidliche Verpflichtung nicht genugsam gesichert erachten, ausdrücklich bestellt werden muß, und dieselben daher wohl thun, sich deßfalls durch eine ausdrückliche gerichtliche Hypothek-Bestellung vorzusehen⁷¹⁾.

70) Cod. jud. l. c. no. 8. lit. h.

71) Cod. jud. l. c. nro. 10. lit. k.

§. 92.

Gemein-Anwald (Contradictor communis.)

So wesentlich nothwendig die Aufstellung eines Güterpflegers ist, so wenig ist es nach baierischem Rechte die eines gemeinschaftlichen Anwandes aller Gläubiger, welcher nach dem gemeinen Processe vom Richter zu dem Ende bestellt werden muß, um den Schuldner gegen die Gläubiger im Konkurse zu vertreten. Denn da nach unserm Gesetze jeder einzelne Gläubiger nicht nur das Recht, sondern selbst die strenge Verbindlichkeit hat, seine Einreden und übrigen Rechtsnothdurften an den angeordneten Tagsetzungen und innerhalb den bestimmten Fristen, gegen die Forderungen jedes andern Gläubigers, und zwar sowohl in Bezug auf die Richtigkeit, als das Vorzugsrecht derselben, anzubringen und gehörig auszuführen, so erscheint nach unserm Processe ein solcher Gemein-Anwald offenbar als überflüssig, und das Gesetz hat denselben eben deshalb auch mit Rechte, so wie er in Baiern bisher nicht üblich war, nur noch in der obern Pfalz als zulässig erklärt⁷²⁾. Der Gerichtsgebrauch hat

72) Cod. jud. Cap. XIX. §. 18. no. 11. et in not. lit. l.

es auch fast durchgehends bei dieser gesetzlichen Bestimmung belassen; nur bei sehr grossen Konkursen, wo die Zahl der Gläubiger oder die eingedungenen Forderungen sich auf 50, 100 und noch mehr Nummern belaufen, scheint es sehr zweckmässig zu seyn, wenn die Gläubiger,

I. entweder einem aus ihrer Mitte, oder dem gewählten Güterpfleger das Geschäft übertragen, in ihrer aller Namen gegen die angemeldeten Forderungen die Einreden und übrigen Rechtsnothdurften zu Protokoll zu geben. Dafs

II. Der gewählte Gläubiger, oder auch der Güterpfleger eine ausdrückliche Vollmacht von allen übrigen Gläubigern erhalten müsse, versteht sich ohnehin von selbst; nur glaube ich, dafs in einem solchen Falle

III. jeder Gläubiger immer wohl thun werde, sich die Beifügung und Nachtragung seiner etwanigen Erinnerungen, wie ich schon oben (§. 63.) bemerkt habe, ausdrücklich vorzubehalten, weil denn doch auch dem scharfsinnigsten und geübtesten Juristen manches entgehen kann, wenn man auch dahin gestellt seyn lassen

will, daß manchmal freiwillig etwas übersehen werden mag. Es ist deshalb,

IV. wenn eine solche Vorkehr getroffen worden ist, dem Bevollmächtigten zur ernstlichsten Angelegenheit zu machen, seine Einreden so zeitig abzugeben, daß den übrigen Gläubigern auch noch eine zureichende Frist übrig bleibt, seine Verhandlungen nachzusehen, und ihre Erinnerungen und Beisätze während dem Laufe des Termines nachtragen zu können.

§. 93.

Versteigerung der Gantmasse
(*Subhastatio.*)

Ist es dem Masse-Kurator nicht gelungen, einen annehmbaren Käufer aufzufinden, so schreitet das Gericht selbst zur öffentlichen Versteigerung der Gantmasse, worüber unser Gesetzbuch eben so bestimmte als zweckmäßige Vorschriften enthält⁷³⁾. Indem ich auf dieselben hinweise, bemerke ich nur noch in der Kürze folgendes:

I. Bei der Ausschreibung solcher Güter gilt eben dasselbe, was ich oben in Bezug

⁷³⁾ Cod. jud. Cap. XVIII. §. 7.

auf die Ediktalladung (§. 25.) bemerkt habe⁷⁴⁾.

II. Das zuständige Gericht ist auch hier das Konkurs - Gericht, wenn anders die zu versteigernde Masse seinem unmittelbaren Gerichtszwange unterliegt. Ist dieß aber nicht der Fall, und liegen etwa einige Vermögenstheile unter einem andern Gerichte, so erläßt

III. das Konkurs-Gericht an jenes der gelegenen Sache, (*jud. rei sitae*) Ersuchschreiben zur Vornahme der Versteigerung, jedoch gebührt diesem Gerichte nichts desto weniger weiter keine andere Einschreitung, als solche, die lediglich auf die Versteigerung Bezug haben, weshalb dasselbe den Käufer zur Erlegung des Kaufschillings an das Konkurs - Gericht hinweisen, oder die etwa erhobenen Kaufgelder dahin übersenden muß, weil nur diesem allein und ausschliessig die prioritätsmäßige Vertheilung der Masse zusteht⁷⁵⁾.

74) Vergl. auch *Miltner's Gantprocess* S. 159. g. und S. 231. p.

75) Cod. jud. Cap. XIX. §. 17. nro. 3.

§. 94.

Einseitige Zahlungen oder Veräußerungen des Schuldners vor oder während dem Konkurse.

Wenn der Gemeinschuldner von seinem Gesamtvermögen zum Nachtheil seiner Gläubiger einige bewegliche oder unbewegliche Stücke veräußert hat, so muß vor allem unterschieden werden

I. ob dieß noch vor Anfang des General-Konkurses, oder doch vor erlassenen richterlichen Veräußerungs-Verbote geschehen sey, oder

II. erst nach erkanntem Konkurse, oder erfolgtem Verbote.

Wenn die Veräußerung noch vor erkanntem Konkurse, und zwar selbst an einen Gläubiger, um denselben mit seiner Forderung vorläufig zu befriedigen, geschah, so ist dieselbe zwar an sich gültig; jedoch steht in diesem Falle den ältern oder gleich privilegierten Hypothekar-Gläubigern das Recht zu, diese veräußerten Vermögens-Stücke wieder zur Masse zurückzufordern. Diese Bestimmung fließt ganz natürlich aus dem dinglichen Rechte jeder Hypothek, welche, als eine Art beschränkten Eigenthums, die der Vindication ähnliche Pfandklage (*actio hypotheca-*

ria) giebt, welche das Gesetz, wenn es nicht mit sich in Widerspruch gerathen und das ganze Hypotheken-Wesen zu einer leeren Formel herabwürdigen will, unbeschadet des dem Schuldner belassenen Besitzes und selbst der Veräußerungs-Befugniss, auch gegen dritte Besitzer des Pfandes oder der Hypothek zustehen muß, und auch wirklich einräumt⁷⁶⁾. Dieselbe fällt nur hinweg

- 1) wenn die Sache nicht mehr in natura vorhanden ist, demnach z. B. das von einem Bauer verkaufte Vieh geschlachtet und verzehrt ist; doch kann in diesem Falle, wenn eine gefährliche Verwendung dargethan werden kann (*si res dolo malo existere desit*), allerdings auf Schadloshaltung geklagt werden⁷⁷⁾;
- 2) wenn der Inhaber demnach Nutzen und Gewähr ersessen hat (*per praescriptionem*), welches nach baierischem Rechte beim Erwerb durch Kauf unter Anwesenden innerhalb 5, unter Abwesenden aber innerhalb 10 Jahren geschieht. Noch sind

76) Cod. jud. Cap. XIX. §. 19. no. 1.

77) Cod. jud. l. c. not. lit. a. dann Gantprocess tit. 2. art. 32. und B. v. Schmid no. 20. etc.

3) hieher auch Kaufmannswaaren und Venu-
lien zu rechnen ⁷⁸⁾, soferne dieselben nur
stückweise verkauft werden; nicht aber,
wenn z. B. ein ganzes Waarenlager, eine
Heerde Vieh etc. zusammen verkauft wird,
oder auch im vorhergehenden Falle eine
erweisliche Gefährde mitunter läuft.

Geschieht jedoch eine solche Veräusserung
oder Zahlung an bevorzugte Hypothekar-Gläu-
biger, so mögen andere, welche kein älteres
oder doch gleiches Unterpfands-Recht haben,
dergleichen Partikular-Zahlungen an ältere
Hypothekar-Gläubiger (so lange nämlich der
Konkurs noch nicht decretirt, oder ein aus-
drückliches Veräusserungs-Verbot erlassen ist)
nicht wiederrufen, indem es jedem Gläubiger
erlaubt ist, für seine Befriedigung in Zeiten,
so viel möglich, zu sorgen, wobei es einem
solchen wachsamem Gläubiger durchaus nichts
schadet, wenn auch die misslichen Vermö-
gens-Umstände des Gemeinschuldners so ziem-
lich bekannt sind, ausser es würde hiebei oder
bei sonstigen Veräusserungen eine Gefährde
mitunterlaufen und dieß aus den Umständen
glaublich erscheinen, z. B. wenn ein solcher
Schuldner ungewöhnliche und übermäßige

78) Cod. civ. P. II. Cap. VI. §. 10.

Schenkungen macht, zu geringen Preissen, vorzüglich an Verwandte, verkauft u. s. w., in welchen Fällen selbst solche Anzeigen genügen, und keineswegs der sonst erforderliche strenge Beweis geliefert werden muß⁷⁹⁾.

Anders ist das Verhältniß, wenn der Schuldner noch vor erkanntem Konkurse Veräußerungen an einen nicht betheiligten Gläubiger macht. In diesem Falle kommt es in Ansehung des dritten Inhabers eines solchen Vermögens-Stückes darauf an, ob er dasselbe durch lästigen Titel, oder unentgeltlich (*titulo oneroso vel lucrativo*) erworben hat. In diesem Falle muß er es jedesmal ohne alle Werths - Erstattung herausgeben; in jenem aber ist er zur Zurückforderung des Kaufschillings befugt, wenn er nicht selbst erwiesener Masse-Theilnehmer der Gefährde war⁸⁰⁾.

Ist aber entweder der Konkurs bereits erkannt, oder dem Schuldner auch nur das Dispositions - Recht gerichtlich untersagt worden, so ist jede Veräußerung, und überhaupt jede Handlung oder Unterlassung des Schuldners, wodurch der Masse Nachtheil, Abbruch

79) Cod. jud. Cap. XIX. §. 19. no. 2. et in not. lit. b.

80) Cod. jud. l. c. no. 3. not. lic. c.

oder Verminderung zugehen könnte, durchaus nichtig und kraftlos. Er kann und darf also nicht nur nichts mehr von seinem Vermögen gültig veräußern, verschreiben oder verpfänden, sondern auch nichts, was für die Masse nachtheilig seyn könnte, unterlassen, mithin keineswegs auf eine etwa während dem Konkurse ihm angefallene oder zu hoffende Erbschaft Verzicht leisten, wenn anders dadurch eine Vermehrung der Masse mit Grund zu erwarten ist ⁸¹⁾. In solchen Fällen steht vielmehr bloß den Gläubigern, oder dem von denselben bevollmächtigten Masse-Kurator die Befugniß aller rechtlichen Einschreitungen zu.

§. 95.

Partikular-Zahlungen des Richters während dem Konkurse.

Auch dem Gerichte steht in der Regel keineswegs die Befugniß zu, während dem Laufe des Konkurses an einzelne Gläubiger aus der Masse Zahlungen zu leisten, weil dieß der unter den Gläubigern durch den Konkurs hergestellten Gütergemeinschaft, die so lange, bis ein rechtskräftiges Prioritäts-Erkenntniß

81) Cod. jud. loc. cit. no. 4. not. lit. d.

vorliegt, andauert, geradezu entgegen wäre. Doch gestattet das Gesetz ausnahmsweise solche Zahlungen

1) an arme und bedürftige Gläubiger, welchen der nöthige Unterhalt aus der Masse allerdings verabfolgt werden mag, wenn anders die Forderungen solcher Creditoren an sich liquid sind, und nicht zu besorgen ist, daß andern gleich oder mehr privilegierten Gläubigern dadurch ein Verlust oder Nachtheil zugehen dürfte. Insbesondere gebührt auch

2) der Wittwe eines Gantirers, falls sie sich selbst nicht erhalten kann, von ihres verstorbenen Mannes hinterlassenem Vermögen nicht nur eine, nach ihrem Stande, Heirathsgute, und der Verlassenschaft ihres Mannes zu bemessende Alimentation, sondern sie kann selbst während dem Laufe des Konkurs - Processes nicht aus dem Besitze der Verlassenschaft gesetzt werden. Wird ihr aber auch die Administration und Nutznießung der ganzen, oder eines Theiles der Verlassenschaft ihres Mannes belassen, so hat sie die strenge Verbindlichkeit, darüber Rechnung zu stellen, und sich das, was sie auf Abschlag ihrer Forderungen aus der Masse genossen

hat, seiner Zeit wieder abziehen zu lassen, weshalb die Gläubiger auch befugt sind, darüber von ihr Sicherheit zu verlangen ⁸²).

§. 96.

Wirkungen der Vergantung und des Konkurs-Processes.

Durch die Vergantung, den öffentlichen gerichtlichen Verkauf, eines Guts erlöschen alle auf demselben gehafteten Hypotheken, ohne Unterschied, ob die Inhaber derselben aus der Gantmasse, aus was immer für einem Grunde, ihre Befriedigung erlangt haben oder nicht ⁸³). Der Käufer eines solchen verganteten Gutes kann auf diese Art von Niemanden weder unter dem Vorwande der Unwissenheit oder irgend einem andern, mehr belangt oder angefochten werden. Nichts desto weniger bleiben aber jedem Gläubiger, ohne Unterschied, ob er bloß wegen Unzulänglichkeit der Masse, oder weil er wegen einem Versehen aus der Konkurs-Masse ausgeschlossen

82) Cod. jud. Cap. XIX. §. 19. no. 6. Gant-Proc. tit. 2. art. 13. und Oberpfälz. Gantproc. tit. 2. art. 10.

83) Cod. jud. Cap. XVIII. §. 7. no. 8.

wurde, oder sich gar nicht gemeldet hat, alle Rechte gegen den verganteten Schuldner, und zwar in der Art vorbehalten, daß, wenn er wieder zu einigem Vermögen kommt, seine frühere etwa gehabte General-Hypothek sich sogar auch auf die neuerworbenen Güter erstreckt, woraus es für sich klar ist, daß die Präklusion einer Forderung nie weiter, als auf die bestehende Gantmasse ausgedehnt werden darf ⁸⁴⁾).

§. 97.

Von der Exekution im Konkurse. a) Bei schon versilberter Masse.

Wenn das erlassene Prioritäts-Erkenntniß einmal ganz, oder doch größtentheils rechtskräftig und die Gantmasse bereits versilbert ist, so schreitet das Gericht ohne weiters zur Prioritätsmäßigen Vertheilung derselben, ohne damit unter dem Vorwande, daß noch eine oder die andere Post zur besondern Ausführung (*ad processum separatim*) verwiesen, oder in Appellatorio anhängig sey, zurückhalten zu dürfen. Das Gesetz gebietet vielmehr in einem solchen Falle ausdrücklich die Vertheilung der Masse, nur mit der Beschränkung, daß

84) Cod. jud. Cap. XIX, §. 20, no. 3.

- a) soviel, als die etwa vorgemerkte, oder noch auf der Berufung beruhende Post beträgt, noch ferner in gerichtlichem Deposito zurückbehalten, und
- b) den einem solchen Gläubiger nachgesetzten Mitgläubigern das Ihrige nur gegen genügsame Sicherheitsleistung (Caution) ausbezahlt werde, daß sie auf den Fall, daß die zurückbehaltene Summe zur Befriedigung des zur besondern Verhandlung verwiesenen Gläubigers, oder der noch in der Appellations-Instanz schwebenden Forderung, wenn dieselbe als liquid erkannt und den ihrigen vorgesetzt werden würde, den erforderlichen Betrag von den bereits erhaltenen Geldern wieder zurückgeben wollen ⁸⁵⁾.

Zur Vornahme dieses Geschäfts wird vom Gerichte eine Tagsatzung anberaumt, sämtliche Gläubiger hiezu vorgeladen, und nach der Vorschrift des vorhandenen Prioritäts-Erkenntnisses, mit Rücksicht auf die etwa durch obrichterliche Entscheidungen gemachten Abänderungen, zur Vertheilung der parat liegenden Gelder geschritten, und hierüber ein ordentliches Protokoll abgehalten,

85) Cod. jud. Cap. XIX. §. 17. no. 4.

welches jeder Geldempfänger eigenhändig unterschreiben oder unterzeichnen muß.

Einige Gerichte machen sich statt dieser einfachen und durch die allgemeine Praxis in Baiern bestätigten Vertheilungs-Art die wahrlich undankbare Mühe, ausser dem Prioritäts- auch noch ein *Distributions-Erkenntniss* zu verfertigen, und darnach erst zur Vertheilung der Masse selbst zu schreiten. Ich kann aber dieß Verfahren auf keinen Fall nothwendig, ja auch nur zweckmäßig finden. Denn selbst das preussische Recht erachtet ein Distributions-Erkenntniss keineswegs allgemein, sondern nur in den besonders vorgeschriebenen Fällen für nöthig ⁸⁶⁾. Nach den Grundsätzen der baierischen Legislation, welche, die Separatisten ausgenommen, nur Eine Masse kennt, können

1) die im preussischen Proceß-Codex dieser Bestimmung zum Grunde gelegten Voraussetzungen gar nie eintreten, folglich fällt schon die Nothwendigkeit eines solchen Distributions-Erkenntnisses für sich hinweg; ja es scheint mir dasselbe überhaupt

86) Allg. Ger. Ordn. f. die preuss. Staaten Tit. L.
§. 548. u. folg.

2) eine durchaus abnorme Bestimmung zu seyn. Denn da jedes Erkenntniss nothwendig eine genügende Verhandlung voraussetzt, diese aber hier durchgehends mangelt, so sehe ich wahrlich nicht ein, wie ein Erkenntniss ohne alle Verhandlungen soll bestehen können. Zudem zieht ein solches Distributions-Erkennntniss

3) theils durch zwecklose Vermehrung der Gerichts-Taxen, theils dadurch, dass hieraus sehr leicht Veranlassungen zu neuerlichen Rekursen genommen werden können, wesentliche Nachtheile nach sich, so dass die Erlassung solcher Distributions-Erkennntnisse gewiss nicht nachzunehmen, sondern durchaus zu unterlassen ist.

§. 98.

B. Bei noch nicht verkaufter Masse.

Es geschieht häufig, dass sich während dem Konkurse, öfterer Ausschreibungen ungeachtet, für das Gantgut kein Kaufsliebhaber findet, der mehr, oder doch soviel für dasselbe bietet, als die eingeklagten Schuldforderungen insgesamt betragen. In diesem Falle, und wenn die Gläubiger nicht freiwillig ein Angebot genehmigen wollen, bei welchem wenigstens die minder Bevorzugten im Vor-

aus den Verlust ihrer ganzen oder doch eines Theiles ihrer Forderungen voraussehen können, bleibt kein anderes Mittel übrig, als das des Zuschlags der gesammten Masse an jenen Gläubiger, welcher gegen Hinausbezahlung aller ihm vorgehenden Forderungen, dasselbe übernehmen zu wollen, sich bereitwillig erklärt, weil hier, wo sich's um die Rechte Einzelner handelt, der Beschluss der Mehrheit, und selbst der privilegirtesten Gläubiger gegen minder Bevorzugte keine rechtliche Wirkung haben kann.

Das *Streichungsrecht* (*jus delendi*) setzt jedoch, wenn es im Falle der Noth in Anwendung kommen soll,

- 1) jedesmal ein rechtskräftiges **Prioritäts-Erkenntnis** voraus. Hat sich nun um das vergantete Gut
- 2) nach dreimaliger öffentlicher Ausschreibung kein annehmbarer Käufer gemeldet, so werden sämmtliche im **Prioritäts-Erkenntnis** enthaltene Gläubiger zu einer Tagssatzung vorgeladen, und
- 3) von dem letzten Gläubiger angefangen, jeder einzeln befragt:

Ob er die Gantmasse gegen gänzliche Befriedigung aller jener Mitgläubiger, welche ihm nach dem rechtskräftigen

Prioritäts-Erkenntnisse vorgehen, übernehmen, oder lieber auf seine Forderung, und überhaupt alle Rechte und Ansprüche an die Gantmasse Verzicht leisten wolle?

Zur Abgabe dieser Erklärung gestattet das Gesetz

4) jedem Gläubiger eine dreitägige Bedenkzeit, und räumt ihm zugleich die Befugniß ein, auf eine nochmalige Ausrufung anzutragen, um zu sehen, ob sich nicht doch noch ein annehmbarer Käufer für das Gut findet. Schlägt auch dieser Versuch fehl, und bleibt der aufgerufene Gläubiger mit seiner Erklärung zurück, so wird er nach Verfluß von drei Tagen als verzichtet angesehen, und

5) dieselbe Frage an den nächstfolgenden Gläubiger, und diess so lange fortgesetzt, bis sich einer findet, welcher sich zur Uebernahme des Gantgutes auf diese Art bereitwillig erklärt, welchem sofort die gesammte Masse an beweglichem und unbeweglichem Vermögen, mit den etwa vorhandenen Früchten und Activ-Forde-

rungen gerichtlich zugeschlagen und eingewortet wird ⁸⁷⁾).

§. 99.

Wirkungen des Streichungs-Rechts.

Die Folgen dieser Verhandlung sind dieselben, wie bei einem förmlichen Gant-Verkaufe. Der Gläubiger, welchem die Gant-Masse auf diese Art zuerkannt wird, erlangt

1) das volle Eigenthum der ganzen bisherigen Gantmasse, welche eben so, wie bei einem Gantkaufe, von allen darauf gehafteten Hypotheken liberirt wird. Nur dingliche Lasten (*onera realia*), z. B. grundherrliche Rechnisse, Dienstbarkeiten, ewige Gelder u. s. w. bleiben ferner, wie vorher, auf einem solchen Gute liegen ⁸⁸⁾.

Dagegen hat er aber auch

2) die Verbindlichkeit, alle ihm vorgehenden Gläubiger ganz zu befriedigen. Er darf ihnen daher weder Papiere statt baarem Geld, noch selbst bewegliche oder unbewegliche Masse-Stücke an Zahlungs Statt aufdringen, wenn nicht etwa darüber etwas anderes gütlich vorgetragen ist, son-

87) Cod. jud. Cap. XIX. §. 17. no. 2.

88) Cod. jud. Cap. XVIII. §. 7. no. 8.

dern er muß bis zum letzten Heller jeden baar und in klingender Münze befriedigen. Dieß hindert jedoch keineswegs, daß sich 3) ein solcher Gläubiger nicht mit den übrigen vorhergehenden Gläubigern dahin verstehen kann, daß diese entweder einige Masse-Stücke um billigen Preiß an Zahlungsstatt übernehmen, oder ihm die Uebnahme der Masse durch Fristenzahlungen oder Liegenlassung ihrer Kapitalien erleichtern.

§. 100.

Fortwährende Haftung des Schuldners mit seinem künftigen Vermögen.

Obwohl, wie ich oben bemerkte, durch den Gantverkauf sowohl, als die Ausübung des Streichungsrechtes (§. 96 u. 99,) alle Hypothekenrechte auf die vergantete Masse erlöschen, so bleiben doch

1) jedem Gläubiger gegen seinen verganteten Schuldner immer noch alle seine Rechte vorbehalten, wenn derselbe in der Folge wieder wie immer zu Vermögen kommen sollte⁸⁹⁾. Ja, im Falle

89) Cod. jud. Cap. XIX. §. 20. no. 3.

- 2) ein solcher Gläubiger eine General-Hypothek hatte, so kann er dieselbe unbezweifelt auch auf das neuerworbene Vermögen, und auch darauf vor andern nicht verhypothecirten Forderungen den Vorzug geltend machen. Einem Wechselgläubiger bleibt
- 3) selbst das Recht auf die Person seines Schuldners, vermöge welchem er auf dessen Verhaftung ohne Anstand andringen kann⁹⁰⁾, vorbehalten, so wie
- 4) die Gläubiger, welche sich etwa durch Bürgen rückzudecken gesucht haben, nach geendigtem Konkurse ihre Bürgschafts-Klage unbedenklich verfolgen können, wenn ihnen bis dahin auch die *exceptio ordinis et executionis* so weit zu Gute kam, daß des Gläubigers Recht gegen sie nicht eher realisirt werden konnte, was aber auch dann wegfällt, wenn sie förmlich expromittirt und auf die beiden eben genannten Einreden rechtsgültig Verzicht geleistet haben.

90) Neue Wechselgerichts-Ordnung vom J. 1785.
Cap. 10. §. 9. no. 1. *Meyer's* Gener. Samml.
B. III. S. 72.

Sechster Abschnitt.
*Vergleichung des baierischen mit dem
österreichischen und preussischen
Konkurs-Processes.*

§. 201.

Vorzüge des baierischen Konkurs-Processes.

A. Im Allgemeinen.

Nach allem, was bisher über den gesetzlichen Gang des baierischen Konkurs-Processes gesagt und theils aus dem Gesetze selbst, theils aus dem Geiste desselben nachgewiesen wurde, lassen sich wohl die Eigenheiten und die Vorzüge desselben nicht verkennen. Denn

I. sichert die Einheit der Verhandlung und die Strenge des Gesetzes in Bezug auf die Termine, sowohl die möglichste Beschleunigung, als die vollständige Rechtsvertheidigung eines jeden Gläubigers, und damit auch die vollkommen rechtliche Begründung eines peremptorischen Rechtszustandes, indem

II. jeder Gläubiger seine Rechte, sowohl hinsichtlich der Richtigkeit seiner Forde-

rung, als des Vorzugs derselben, *vollständig ausführen kann*. Da überdies
III. keine Termins-Verlängerung Statt hat, da kein Beweis durch Zwischenbescheid aufgetragen werden darf, da über Liquidität und Priorität aller und jeder Forderungen, ja selbst über ein Restitutions-Gesuch zugleich mit der Hauptsache *verhandelt und in Einem Erkenntniss* darüber entschieden werden muß; so sind nur zwei *Berufungen*, an die IIte und IIIte Instanz möglich, während alle Rekurse über Incidentpunkte, besonders über Interlokute, durchaus wegfallen, wodurch ganz natürlich die *möglichste Beschleunigung* eines solchen Processes erzielt wird, der, wenn nicht ausnahmsweise ungewöhnlich lange Edikts-Termine gesetzt werden müssen, vom Richter gehörig geleitet, *durch alle drei Instanzen in weniger als Einem Jahre* durchgeführt seyn kann, während nach gemeinem Rechte Konkurs-Procresse, die halbe Jahrhunderte dauerten, keine Seltenheit sind. —

Da hievor häufige Erfahrungen sprechen, so darf ich mich in dieser Hinsicht wohl nur auf die Notorietät berufen, und glaube mich

übrigens nur auf folgende Bemerkungen beschränken zu dürfen.

§. 102.

B. *Vor dem gemeinen Konkurs-Process.*

Vor allem darf ich wohl als richtig voraussetzen, daß ein eigentlicher Konkurs-Process als ein vollständiges Gesetz für die Länder, wo ehemals das gemeine Recht galt, gar nicht existirt. Ein vager Gerichtsgebrauch und beinahe ungezügelter Willkühr der Gerichte hatte hierin fast überall Statt, ungeachtet die vortrefflichen Werke eines *Dabell*, *von Gönner*, *Happel*, *von Almenningen*, *Claproth*, *Martin* und *Grolmann* wenigstens einige Ordnung in dieses Chaos zu bringen suchten.

In wieferne diese großen Processlehrer, denen die Wissenschaft so vieles verdankt, das allerdings höchst schwierige Problem genügend oder gar besser gelöst haben, als dieses in unserm Judiziar-Kodex geschah, möge eine kurze Vergleichung unsers Gesetzes mit *Grolmann's* Theorie, dem neuesten und in jeder Hinsicht vortrefflichen Systeme des gemeinen Processes bewähren⁹¹⁾.

91) Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechts-Streitigkeiten, vom Ober-

Ich glaube nun hierbei vor allem nicht unbemerkt lassen zu können, daß *Grolman* mit Ungrunde in einer rein privatrechtlichen Streitsache von *polizeilichen Rücksichten* spricht, und die prioritätsmäßige Vertheilung einer Gant-Masse als einen *polizeilichen Zweck*⁹²⁾ ansieht, da derselbe doch gewiß eben so gut *streng privatrechtlich* ist, als die exekutive Beitreibung irgend einer liquiden Forderung von dem Schuldner, indem dabei nur der einzige Unterschied obwaltet, daß im Konkurse neben der Liquidität auch noch der Punkt der Priorität beachtet werden muß. Auch scheint mir die Bestellung des Masse-Kurators nicht *bloß rathsam*⁹³⁾, sondern, wie es unser Kodex vorschreibt, *nothwendig* zu seyn (§. 89.), und es dürfte sich, auch bei kleinen unbedeutenden Massen, nicht wohl mit dem Richteramte vereinigen lassen, durch unmittelbare Vermögens-Verwaltung sich den Gläubigern verantwortlich zu machen.

Appellations - Gerichtsrath D. *Grolman*.
Dritte verbess. Auflage. 2 Bd. Spec. Th.
Anhang von dem Konkurs-Processe.

92) *Grolman* a. a. O. §. 246. S. 537 u. 538.

93) *Grolman* a. a. O. §. 254. S. 560.

§. 103. *Hinsichtlich des Gerichtsstandes.*

Den Satz: „*Concursus est iudicium universale*“, und die Folgen aus demselben, hat meines Erachtens unser Gesetzbuch sehr zweckmässig auf die Gesammtheit der Masse und auf die Verhandlung über die Priorität eingeschränkt (§. 24.), wenn über die Liquidität einer Forderung schon abgeurtheilt, oder der Streit darüber bei einem andern zuständigen Gerichte noch anhängig ist, vorbehaltlich jedoch des Interventions-Rechtes jedes einzelnen, oder der Gesammtheit aller Gläubiger zusammen.

Die Lehrer des gemeinen Konkurs-Processes lassen dagegen alle auch bei andern kompetenten Gerichten bereits anhängigen Prozesse *ad forum concursus* zur (weitem Verhandlung ziehen ⁹⁴⁾, ja wollen sogar die Processart, in welcher ein solcher Streit bisher verhandelt worden ist, abgeändert, somit das ordentliche Verfahren in das summarische umgewandelt wissen ⁹⁵⁾. Welche Inkonvenienzen müssen nicht hieraus nothwendig entstehen, und aus welchem zureichenden Grunde

94) *Grolman* a. a. O. §. 247. S. 541.

95) *Grolman* a. a. O. §. 259. S. 571.

mag es sich wohl rechtfertigen lassen, die Rechte, welche zwei streitende Theil einmal auf eine bestimmte Proceßart bereits erworben haben, ohne weiters aufzuheben, und einen z. B. bis zur Duplik im ordentlichen Prozesse verhandelten Streit nun auf einmal im summarischen vollends verhandeln zu lassen? Ich finde auch in dieser Hinsicht die Vorschrift unsers Gesetzes zweckmäßiger und rechtlicher, welche hinsichtlich der bereits eingeleiteten Verhandlung über die Richtigkeit einer Forderung weder eine Veränderung des Gerichts noch der Proceßart zuläßt, ja selbst Streitigkeiten, welche ihrer Natur nach im summarischen Prozesse nicht wohl verhandelt werden können, in Bezug auf den Liquiditäts-Punkt zur Verhandlung *in separato* verweist (§. 56).

§. 104.

Hinsichtlich der Verhandlung.

Hier stimmt zwar das gemeine Recht mit dem baierischen darin überein, daß die Verhandlung im summarischen Prozesse als Grundsatz angenommen wird; allein ich finde darin große Inconvenienzen, daß

- I. nach *Grolman* die Verhandlung über die Liquidität von jener über die Priorität

getrennt, und doch über beide Gegenstände in Einem Erkenntniss abgesprochen werden soll⁹⁶⁾. Es scheint mir wenigstens konsequenter zu seyn, daß über diese beiden Streits-Objekte nach baierischem Rechte *in Einem Processe* verhandelt werden muß, weil doch auch nur *Ein Erkenntniss* erlassen wird, wenn ich auch davon Umgang nehmen will, daß dadurch eine Menge Aktenfaszikel entbehrlich gemacht werden, welche nach der Separationsmethode bei großen Konkursen gewiß eher verwirren, dann die Verhandlung und Aburtheilung erschweren, als erleichtern, der Kosten nicht zu gedenken, welche bei einem solchen Verfahren nothwendig größer seyn müssen. — *Hart*, ja *widerrechtlich* finde ich aber die Bestimmung, daß

II. die Verhandlung über die Liquidität nach gemeinem Rechte *nur zwischen dem Gläubiger und dem Kontraktant* Statt haben soll, bei dessen Wahl noch dazu weder dem Gemeinschuldner noch den Gläubigern eine Stimme gebührt⁹⁷⁾! Ich

96) *Grolman* a. a. O. §. 259. 260. u. 261.

97) *Grolman* a. a. O. §. 258. u. 259.

kann mir für diesen Ausspruch lediglich keinen zureichenden Rechtsgrund denken, vielmehr bin ich es überzeugt, daß, wenn denn ein Contradictor nothwendig seyn soll, *nur den Gläubigern* das Recht zustehen könne, den Mann zu wählen, auf welchen sie ihr Vertrauen gesetzt haben, ohne daß ihnen die Befugniss entzogen werden darf, auch dann noch ihre etwaigen besondern Einreden und Erinnerungen anzubringen (§. 63. nro. 3). Ueberhaupt finde ich es

III. höchst ungerecht, den Ausspruch über die Liquidität einer Forderung lediglich von der Willkühr eines Dritten abhängig zu machen, und dem Gläubiger selbst nur die Verhandlung über die Priorität zu gestatten⁹⁸⁾, was ihm wenigstens in dem Fall von keinem Vortheil mehr seyn kann, wenn das Vorzugs- oder doch das gleiche Recht einer Forderung nicht difficultirt werden kann, deren Präklusion aber, wäre die gesetzlich gegründete Einrede opponirt worden, gewiß hätte erfolgen müssen. Oder sollten auch noch am Verhandlungs - Termine Einreden

98) *Grolman* a. a. O. § 260.

gegen die Liquidität von jedem einzelnen Gläubiger angebracht werden dürfen? Wozu nützt aber dann die abgesonderte vorgängige Verhandlung mit dem Contrahent?

Wie konsequent und den Forderungen des strengsten Rechts entsprechend ist dagegen die Bestimmung unsers Gesetzes, welches jedem Gläubiger die Befugniß einräumt, gegen alle übrigen sowohl im Punkte der Liquidität als der Priorität zu excipiren und die weitem gesetzlichen Verhandlungen zu pflegen (§. 63). Und endlich

—IV. ist auch gewifs noch die gesetzlich ausgesprochene Präklusiv-Eigenschaft aller Termine ein grofser Vorzug des baierischen Konkurs-Processes, in welchem durchaus kein Vorbescheid auf Beweis und kein bedingtes Erkenntniß⁹⁹⁾, als nur in dem einzigen Falle Statt hat, in welchem der Richter den Ergänzungs-Eid nothwendig findet. Wie vielen Berufungen und Rekursen ist nur allein dadurch vorgebeugt, und wieviel für die Beschleunigung solcher Prozesse gewonnen? Und wenn auch bereits anhängige Streite, oder

⁹⁹⁾ *Grölmann* a. a. O. §. 261. S. 575.

solche, welche wegen ihrer Weitschichtigkeit im summarischen Processe nicht wohl verhandelt werden können, im Prioritäts-Erkenntnisse einstweilen eventuell vorgemerkt werden müssen, so kann doch in einem solchen Falle die ganze übrige Masse, mit einziger Ausnahme dieser Forderung, vertheilt werden, während nach gemeinem Rechte ein Locations-Urtheil schon gar nicht eher erlassen werden kann, bis nicht vorerst der Liquidations-Punkt sämtlicher Forderungen vollständig verhandelt und etwa durch alle Instanzen durchgestritten ist. — So wie daher jeder Kenner der baierischen Legislation, sowohl in Hinsicht auf den Civil- als den Judiziar-Kodex, unserm gelehrten *Kreittmayr* das große Verdienst einräumen wird, daß er mit seltenem Scharfsinn die meisten Kontroversen des gemeinen Rechts entschied, so wird ihm auch besonders im Konkurs-Processe der Ruhm nicht streitig gemacht werden können, daß er seinen Zeitgenossen weit voran, die im gemeinen Rechte nur in schwankenden Observanzen, und vor ihm selbst in Baiern nur in allgemeinen Umrissen gegebenen Vorschriften auf allgemeine Grundsätze baute, und so sein System mit einer

Konsequenz durchführte, welchem wenigstens in diesem Theile seines Processes, durchaus keine Inkonsequenz, und nur sehr wenige, höchstens ein paar Lücken zum Vorwurf gemacht werden können,

Noch erachte ich eine kurze Vergleichung unsers Gesetzes mit der *Oesterreichischen* und *Preussischen Legislation* in Bezug auf den Konkurs, aus dem doppelten Grunde für zweckmässig, theils weil die Gesetzbücher dieser beiden Völker wirklich sehr viel Gutes, ja Vortreffliches enthalten, theils auch ihr praktischer Werth sowohl vielfach besprochen, als derselben wenigstens theilweise Uebertragung auch auf unser Vaterland erst neuerlich in Antrag gebracht worden ist. Zu diesem Ende finde ich es jedoch für genügend, von jeder dieser beiden Legislationen nur in gedrängter Kürze die wesentlichen Prinzipien vor auszusenden, um darnach die Vergleichen mit den Vorschriften unsers Iudiciarkodex desto leichter bewirken, und um so anschaulicher machen zu können, indem eine ausführliche Behandlung dieses Gegenstandes mich zu weit führen würde, und ich weder ein Handbuch, noch eine vollständige Kritik dieser beiden Gesetzbücher schreiben will.

§. 105.

C. *Vor dem Oesterreichischen.*

Ich beginne mit dem österreichischen Processe, weil dieser wenigstens im Wesentlichen, mit dem baierischen auf derselben Basis der Verhandlungs - Maxime beruht, und folge *Födransperg's* Werke ¹⁰⁰⁾, weil bekanntlich das österreichische Gesetzbuch über den Konkurs sehr kurz aber auch unvollständig ist, und die nachgefolgten Hofdekrete die wichtigsten Bestimmungen und Abänderungen enthalten, eben dadurch aber auch derselben Nachweisung schwieriger machen würde, während ich bei meinen Citaten auf die Seitenzahl obigen Werkes verweisen kann.

§. 106.

Hinsichtlich des Gerichtsstandes.

In Baiern, so wie auch nach gemeinem Rechte, ist in der Regel, nach dem Axiome: *concursum est iudicium universale*, der Richter des Wohnortes das zuständige Gericht für alle gegen einen Gemeinschuldner angebrachte For-

100) Praktische Beobachtung über die allgemeine Konkurs - Ordnung für Böhmen etc. von *Anton Edlen von Födransperg* etc. Wien 1786.

derungen, und zwar unbedingt und ohne alle Ausnahme im Punkte der Priorität, so wie dem Konkurs-Richter allein die richterliche Verfügung über die ganze Aktiv-Masse, und alle zu derselben gehörigen Theile, wo sie auch immer gelegen seyn mögen, zusteht. Nach österreichischem Rechte muß,

1) wenn der Verschuldete in mehreren Provinzen Vermögen besitzt, *in jeder Provinz* über das dort befindliche Vermögen der Konkurs eröffnet werden. (S. 5.) Ia

2) gegen den Fiskus, gegen türkische Unterthanen, und in berggerichtlichen Gegenständen muß die Klage sogar *vor den Landrechten* angebracht, und vor denselben über die Richtigkeit solcher Forderungen verhandelt werden, während dieselben vor dem Konkurs-Gerichte *nur angemeldet* zu werden brauchen. (§. VI. S. 17.)

Es ist einleuchtend, daß diese Vorschriften der zur Beschleunigung eines Konkurs-Processes wesentlich nothwendigen Einheit der Verhandlung geradezu entgegen stehen; abgesehen davon, daß in *Einem und demselben Prozesse* die Zuständigkeit mehrerer Gerichte zugelassen ist, von welchen immer wieder die Berufungen an die nächsthöheren Richter zulässig sind, läßt sich wohl der Fall denken,

dafs, wenn ein österreichischer Unterthan nur in 3 Provinzen begütert ist, und ausser dem Fiskus auch noch ein paar Türken und das Bergwerks - Kollegium Forderungen an ihn haben, schon über die Liquidität allein eine Menge ganz verschiedener Gerichte erkennen müssen. —

§. 107.

Hinsichtlich der Verhandlung.

Das Zweckwidrige der Trennung der Verhandlung über die Liquidität verschiedener Forderungen vor mehreren Gerichten ist einleuchtend. Noch mehr muß mit der Präcision und Vollständigkeit der Verhandlung nach baierischem Konkurs - Processe gegen jene nach österreichischem Rechte auffallen, besonders wenn erwogen wird, dafs sich diese Verhandlung nur auf die Liquidität erstreckt, über die Priorität aber im eigentlichsten Sinne gar nicht verhandelt wird. Denn

- 1) die österr. Konkurs - Ordnung schreibt nur Einen Edikts - Termin zur Anbringung der Beweise einer Forderung und zur Nachweisung des Rechts vor, Kraft dessen ein Gläubiger in diese oder jene Klasse gesetzt zu werden verlangt. (§. VII. S. 25.)

Es ist einleuchtend, daß die Festsetzung aller Termine, und zwar mit dem Präjudiz der Präklusion, der so sorgfältig zu vermeidenden Willkühr der Richter und Anwälde weit vorzuziehen sey; durchaus im direkten Widerspruche mit dem Verhandlungs-Prinzip steht aber

2) die Vorschrift, daß die Klage jedes Gläubigers gegen den Masse-Vertreter angestellt, und nur zwischen diesem und dem Gläubiger über die Richtigkeit der Forderung sowohl, als das Vorzugsrecht derselben verhandelt werden muß (S. 29 u. 45).

Jeder Mitgläubiger selbst wird also da gar nicht gehört! Nur der Masse-Vertreter ist es, welcher wenigstens in Bezug auf die Richtigkeit einer Forderung nach Willkühr handeln und verfügen kann. Wie sehr da die Rechte der Gläubiger, sey es aus Versehen oder aus Vorsatz, gefährdet werden können, bedarf wohl keiner Erinnerung, und es ist durchaus ungenügend, wenn

3) die österreichische Konkurs-Ordnung das Klassifikations-Urtheil, ohne auf das Zugeständniß des Vertreters der Masse zu achten, nach dem Rechte zu verfassen befiehlt (S. 50). Denn es kann ja

- a) schon die Anerkennung einer Forderung, die etwa sehr leicht zu beseitigen gewesen wäre, durch den Masse-Vertreter, besonders wenn dieselbe auch noch ein Vorzugsrecht hat, den übrigen minder privilegierten Gläubigern einen unwiderbringlichen Schaden zufügen. Was aber
- b) die Priorität betrifft, so ist da ein *Erkenntniss ohne Verhandlung*, was gewiss allen Prinzipien einer guten Proceß-Ordnung widerstreitet,

Der Gesetzgeber scheint auch diesen Mangel selbst gefühlt zu haben, indem er jedem Gläubiger, nie aber dem Vertreter der Masse, die *Vorrechtsklage* gegen das Klassen-Urtheil einräumt, welche das Gesetz binnen 30 Tagen, unter Strafe der Desertion, und zwar bei demselben Gerichte, welches das Klassen-Urtheil erlassen hat, anzubringen befiehlt (§.79).

Die Widersprüche dieser gesetzlichen Bestimmungen sind auffallend; denn

- 1) geht hier, ganz verkehrt, das *Erkenntniss der Verhandlung vor*, so wie es
- 2) immer eine große Anomalie bleibt, daß die *Abänderung eines Erkenntnisses bei demselben Richter*, der es erlassen hat, nachgesucht werden soll. Bedenkt man aber nun auch noch, daß

3) gegen jedes Liquidations - Erkenntniss, (§. XXVIII. S. 74), wo also dasselbe auch erlassen seyn mag, an den nächst höhern Richter *appellirt* werden kann, dafs dies auch gegen das auf die Vorrechts - Klage erlassene Erkenntniss der Fall ist, so kann es da, besonders in einem grossen Konkurse, an Berufungen und Rekursen ohne Zahl und Ende nicht fehlen.

Man denke nur sich in dem oben (§. 103.) angenommenen Falle, dafs ein paar Dutzend Berufungen hinsichtlich der Liquidität bei verschiedenen Obergerichten einkommen, dafs zu gleicher Zeit 10 oder 12 Gläubiger ihre Vorrechtsklagen beim Konkurs - Gerichte anbringen. Welche Verwirrungen und Verzögerungen müssen da nicht nothwendig erfolgen? Da überdies das österreichische Gesetz sowohl das *schriftliche* als das *mündliche* Verfahren gestattet, und sogar *Vorbescheid* zuläßt, (S. 49. u. 51.) so ist dadurch gewiss Zögerungen und Weiterungen auf allen Seiten Thür und Thor geöffnet. Wie schön hat dagegen unser unsterblicher *Kreitmayr* das allerdings schwierige Problem dadurch gelöst, dafs er über die Liquidität und Priorität *gleichzeitig verhandeln*, und über beides *in Einem Urtheile erkennen* liefs.

§. 108.

Vorrechts-Erkenntniss und dessen Eröffnung.

Eben so unzureichend ist es offenbar auch, dass jedem Gläubiger nur im Auszug aus dem Vorrechts-Erkenntnisse, so weit derselbe seine Forderung betrifft, zugestellt, das ganze Klassifikations-Erkenntniss aber nur dem Vertreter der Masse, und dem Vermögens-Verwalter zugestellt wird, (S. 46.) bei denen sich die Gläubiger, der erforderlichen Einsicht halber, dann zu melden haben. Ueberhaupt ist diesen beiden Personen ein zu grosser Spielraum gegeben, und wenn auch dem Vermögens-Verwalter in schweren Fällen die Einholung des Rathes des Gläubiger-Ausschusses zur Pflicht gemacht ist (S. 94. u. 95.), so lässt sich doch nicht misskennen; dass, wie ich eben vorher nachgewiesen habe, die Gläubiger wenigstens in Hinsicht der Liquidität einer Forderung, ganz der Diskretion und Willkühr des Masse-Vertreters bloß gestellt seyen, und da geradezu keine Möglichkeit haben, ihre Rechte vertheidigen und wahren zu können, was gewiss immer ein wesentlicher Mangel der Legislation ist. —

§. 109.

Exekution im österreichischen Prozesse.

Sehr richtig unterscheidet zwar auch das österreichische Gesetz die beiden Fälle, ob die Masse, wenn ein rechtskräftiges Prioritäts-Erkenntniß exequirt werden soll, schon versilbert ist oder nicht. Im letzten Falle, wenn sich kein Kaufsliebhaber findet, der wenigstens den Schätzungspreis, nach dreimaliger Ausbietung, schlägt, ist ebenfalls die Einantwortung der Masse an die Gläubiger geboten, (S. 105.) im wesentlichen kömmt also auch da, wie in Baiern, das Steigerungsrecht, (*jus delendi*) in Anwendung. Jedoch vermisse ich im österreichischen Gesetze die erforderlichen bestimmten Vorschriften über die Art, wie dasselbe in Anwendung gebracht werden soll, worüber das baierische Gesetz so konsequente Normen festsetzt. (oben §. 98.)

Ganz überflüssig, Zeit raubend und Kosten verursachend finde ich aber wieder die Vorschrift der österreichischen Konkurs-Ordnung, daß, nach versilberter Masse, dem Vermögens-Verwalter die Verbindlichkeit auferlegt ist, die Vertheilung (Distributions-Plan) zu verfassen, (§. XLI. S. 116.) dieselbe dem Gläubiger-Ausschusse einzuhändigen, und dem

Gerichte davon Anzeige zu machen, welches sofort den Gläubigern mit dem Anhange davon Nachricht giebt, daß sie diese Vertheilung bei dem Gläubiger - Ausschusse einsehen, und wenn sie sich dadurch *beschwert erachten*, innerhalb 14 Tagen präklusiven Frist *ihre Einwendungen* dagegen anbringen können, welche gegen den oder diejenigen rubricirt werden müssen, welchen die Beschwerde trifft. (§ XLII. S. 118.) Also auch *in Executione* gestattet das österreichische Gesetz noch *einen neuen Process*, als ob es der Verhandlungen und Berufungen nach demselben nicht ohnehin schon genug gäbe. Wie zweckmäfsig und der Natur der Sache entsprechend ist dagegen die Vorschrift des baierischen Konkurs-Processes, welche die Exekution, nach Lage der Prioritäts-Erkenntnisse, blos zu Protokoll vorzunehmen befiehlt, (oben §. 97.) folglich keine weitere Verhandlung, noch weniger aber eine Berufung mehr zuläfst.

§. 110.

D. *Vor dem preussischen Konkurs-Processe.*

Da der preussische Process überhaupt, somit auch der Konkurs-Process, durchaus auf einer ganz andern Maxime beruht, als der baierische und österreichische, so läfst sich

hier nicht wohl eine Vergleichung der beiden Prozesse machen, besonders da schon das im Königreiche Preussen bestehende Hypotheken-System nothwendig andere und eigene Vorschriften auch für den Konkurs-Proceß gebot. — Indessen werden, wie ich glaube, nachfolgende Bemerkungen über den Vorzug des baierischen Konkurs-Processes auch vor dem preussischen keinen Zweifel übrig lassen.

I. Der preussische Konkurs begreift auf 226 Seiten 707 Paragraphen¹⁾, während der ganze baierische Konkurs-Proceß in 20 Paragraphen auf 10 großgedruckten Oktav-Blättern abgehandelt ist, und, wenn ich auch die Locations-Ordnung dazu rechne, nur 22 Blätter füllt.

Ich glaube des Beweises überhoben zu seyn, daß Kürze und Präcision immer große Vorzüge eines Gesetzbuches seyen. Und da hat denn gewiß Baiern vor jeder andern Gesetzgebung die Ehre voraus, was besonders den Proceß betrifft, das kompendiöseste Gesetzbuch über das Verfahren in bürgerlichen

¹⁾ Allgem. Gerichts-Ordnung für die preussischen Staaten. Berlin 1795. S. 982 — 1209. — Nur wenige Seiten mehr zählt die ganze baierische Gerichts-Ordnung!

Rechts-Streitigkeiten zu besitzen, ohne daß demselben, wenn es auch nicht ganz fehlerfrei ist, und manche, grossentheils durch neuere Institute herbeigeführte, oder durch die Erfahrung aufgedeckte Lücke auszufüllen ist, der Vorwurf der Mangelhaftigkeit oder der Inkonsequenz mit Grund gemacht werden kann.

Wohl aber wird jeder Geschäftsmann die Ueberzeugung mit mir theilen, daß die preussische Gerichts-Ordnung im Allgemeinen sowohl, als insbesondere im Konkurs-Processe, viel zu viel ins Detail geht, und durch Aufzählung verschiedener Fälle sich in das Gebiet der Kasuistik verirrt, während *Kreitmayr* mit vollem Rechte die systematische Behandlung dieses Gegenstandes wählte, und dadurch seinem Werke die Vorzüge strenger Ordnung, zweckmässiger Kürze und, wenigstens für die Epoche, in der es erschien, möglicher Vollständigkeit gab. —

II. Auch in einzelnen Bestimmungen scheint mir das preussische Gesetz unrichtige, wenigstens bisher nirgends angenommene Bestimmungen zu enthalten. So räumt es den Gläubigern ein *allgemeines Pfandrecht* auf den ganzen Inbegriff des Vermögens ein, welches der Gemeinschuldner besitzt (§. 33). Eine

Wirkung des Gant-Erkenntnisses, welche mit allen übrigen Legislationen und den Aussprüchen der ersten Rechtsgelehrten nicht harmonirt, die bekanntlich in Rücksicht des verschuldeten Vermögens in eine Gemeinschaft kommen²⁾, nicht bloß eine Hypothek, sondern selbst das Eigenthum der Masse erlangen, und gewissermassen active und passive den Gemeinschuldner repräsentiren. Dieser Ausspruch steht auch mit den übrigen gesetzlichen Bestimmungen der nämlichen Gerichts-Ordnung defshalb im Widerspruche, weil man denken sollte, daß hiernach allen, auch bisher mit keinem Pfandrechte versehenen Gläubigern dasselbe eingeräumt würde, was jedoch keineswegs der Fall ist, so daß dem Gesetze in dieser Hinsicht wenigstens der Vorwurf der Unbestimmtheit mit vollem Rechte gemacht werden kann.

III. Das preussische Gesetz fordert ebenfalls, so wie das österreichische, die Aufstellung eines Kontradictors, und räumt denselben, wenn auch nicht eben so unbeschränkt, wie das österreichische, doch noch immer zu große Befugnisse ein. So bedarf derselbe

2) v. *Gönnér* Handb. etc. B. IV. Abh. 82. §. 26.

a) bei bloßer Vertheidigung der Masse gegen die Ansprüche einzelner Kreditoren keiner Rücksprache mit den Gläubigern (§. 77.)

b) Die Verhandlungen über die Liquidität sowohl, als über die Priorität werden zwischen jedem liquidirenden Gläubiger und dem Contradiktor gepflogen, und den übrigen Gläubigern, deren Interesse es doch allein gilt, nur dann die Befugniß vorbehalten, *auf ihre Kosten* Einwendungen zu machen, wenn sie ein Interesse dabei haben, (§. 126. ff.) als ob sich das Interesse eines minder privilegirten Gläubigers, oder selbst eines Kurrentisten, früher ermessen ließe, als wenn erst ein rechtskräftiges Vorrechts-Erkenntniß vorliegt, welchem freilich nach §. 129. durch die von dem Kurator herzustellende Balance etwas diktatorisch vorgegriffen wird.

IV. Die Ausnahme fiskalischer Forderungen von dem allgemeinen Gerichtszwange des Konkurs-Gerichtes (§. 134.) wenn auch bloß hinsichtlich der Richtigkeit derselben, ist eine Anomalie, die lediglich keinen zugreifenden Grund für sich hat.

V. Die separirte Verhandlung über jede einzelne Forderung am *Verifications-Termine*

(§. 123.) mag, da dieselbe doch im Kommodations-Protokolle mit fortlaufenden Nummern verzeichnet worden, (§. 117.) als ein geringeres Gebrechen gelten, obwohl es in die Augen fallen muß, daß bei einer solchen gesonderten Behandlung die Einheit des Processes nothwendig verloren gehe, und die Verhandlung über die Priorität sehr erschwert werden müsse. — Die Schwierigkeiten dieser Verhandlungsart zeigen sich besonders

VI. in Appellatorio, wo die einfachen Prinzipien des baierischen Gesetzes mit der wortreichen Fülle der Dispositionen der preussischen Gerichtsordnung (vergl. §. 169—193.) auffallend contrastiren, und der Gesetzgeber nach vielen „Wenn und wenn“ sich doch noch in der Verlegenheit befand, im Falle einer Berufung über die Liquidität und Priorität einer Forderung dem Gericht aufzutragen, „daß es sich Mühe geben soll, in einem solchen Falle die appellatorischen Gläubiger dahin zu vermögen, daß sie auch die Verhandlung wegen der Priorität dem Kontraktor als gemeinschaftlichem Bevollmächtigten überlassen“ (§. 177).

Diese und mehrere andere Anomalien gehen jedoch theils aus dem der ganzen preussischen Proceß-Gesetzgebung zum Grunde lie-

genden Prinzip, theils aus dem in Preussen eingeführten, nicht ganz mit Recht so hochgepriesenen Hypotheken - Systeme hervor, weshalb auch

VII. preussische Locations - Erkenntnisse gewöhnlich sehr weitschichtig sind, und der Richter ausser der Gesetzes Kunde auch noch im Rechnungs-Fache ziemlich bewandert seyn muss. Uebrigens habe ich mich schon oben über die Unzulässigkeit der *Distributions-Erkenntnisse* erklärt, welche ohne Verhandlung platterdings nicht als solche bestehen können, und, abgesehen von den der Masse dadurch zugehenden Kosten, immer wieder neue Veranlassung zu Rekursen geben können, die nach den Vorschriften des baierischen Konkurs-Processes platterdings unmöglich sind, oder doch, wenn je ein Richter gegen klare rechtskräftige Erkenntnisse sich eigenmächtige unjustifizirliche Vorschritte erlauben sollte, auf der Stelle durch eine einfache Beschwerde an den höhern Richter beseitigt werden können, ohne dass es einer förmlichen Berufung bedarf, weil jede solche gegen die vorliegenden Judikate laufende Verfügung des Konkurs-Richters wegen Mangel der Gerichtsbarkeit unheilbar nichtig seyn würde.

Da ich übrigens keine Kritik der österreichischen oder preussischen Proceß-Ordnung schreiben will, so mögen diese wenigen Andeutungen und die Vergleichung dieser fremden Gesetze mit denen unsers Vaterlandes genügen, um über den Vorzug des einen vor dem andern selbst urtheilen zu können, und ich werde ganz zufrieden seyn, wenn jeder Baier diese Blätter mit der Ueberzeugung aus der Hand legt, daß unsere bisherige Legislation, wenn sie auch nicht ganz ohne Mängel und Lücken ist, keineswegs so schlecht sey, als man sie gerne verschreien möchte, und daß namentlich unser Judiziar-Kodex fortan das unvergänglichste Denkmal unsers gewiß zu wenig geachteten *Kreitmayr* bleiben werde; daß nicht alles Fremde, weil es fremd ist, besser sey, und daß unser Vaterland gewiß volle Ursache habe, seine eigenen von den Ahnen ererbten Gesetze, die schönste Perle in der Krone der Selbstständigkeit eines Volkes, treu zu bewahren und den Nachkommen dereinst wieder als ein untastbares Erbtheil zu hinterlassen.

Verbesserungen.

- Seite 10. Zeile 13. lies begreiflich.
- 11. — — lies wurden.
- 114. — 6. v. u. lies und wenn.
- 117. — 5. v. u. lies vor jenen.
- 118. — 6. v. u. lies eben so wenig.
- 119. — 5. v. o. lies obwohl es.
- 138. — 6. v. u. lies Gremium der Advokaten.
- 162. — 8. v. o. lies Affixion.
- 168. — 1. v. o. lies nur.
- 169. — 9. v. u. lies Bescheinigung.
- 172. — 9. v. o. lies erholt wird.
- 174. — 6. v. o. lies hätte.
- 179. — 11. v. o. lies erkannt wird.
- 183. — 12. v. o. lies Steuer-Vorgeher.
- 187. — 9. v. u. lies können ohne.
- 189. — 3. v. u. streiche Sie hinweg.
- 193. — 9. v. o. lies diese.
- 216. — 3. v. u. lies hierfür.
- 228. — 13. v. o. statt der, lies: die.
- 238. — 4. v. u. lies zureichenden.
- 239. — 1. v. o. lies Connotations-Protocolle.
-

Welsch, Johann Baptist,

Handbuch des baierischen Universal-Konkurs-Processes

Erlangen 1819

Bavar. 2873

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10380645-1